Die Haftung des Erben nach § 27 HGB.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Eugen Thiele
Rechtsanwalt in Dresden.

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1914.

Meinen lieben Eltern
in größter Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546818_0088

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Einleitung . . . . . 1— 2

Erster Teil.

Allgemeiner Tatbestand des § 27.

A. Der Begriff Handelsgeschäft.

§ 1. Im engeren Sinne . . . . . 3— 9

§ 2. Im weiteren Sinne . . . . . 9—14

B. Die weiteren allgemeinen Voraussetzungen

§ 3. Zum Nachlasse gehöriges Handelsgeschäft . . . . . 15—17

§ 4. Fortführung des Handelsgeschäfts durch den Erben . . . . 18—23

Zweiter Teil.

Die Rechtswirkung des § 27.

A. Im allgemeinen.

§ 5. Der Begriff früherer Geschäftsverbindlichkeiten . . . . . 24—28

§ 6. Der Grund der Rechtswirkungen . . . . . 28—31

B. Im Falle der Firmenfortführung.

§ 7. Verhältnis der Haftung des § 27 HGB. zur erbrechtlichen des Bürgerlichen Gesetzbuchs . . . . . 31—40

§ 8. Ausschluß der Haftung nach § 27 Abs. 1 . . . . . 41—44

§ 9. Anwendbarkeit des § 25 Abs. 2 . . . . . 44—47

C. § 10. Im Falle der Fortführung ohne Firma . . . . . 48—52

Schluß. Haftung der Miterben . . . . . 53—59

Literaturverzeichnis.

Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. Bd 1. 1886, 1889.

Binder, Die Rechtsstellung nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch. 1. Teil. 1901, 2. Teil 1903.

Bolte, Der § 27 HGB. In Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 2 S. 412—471.

Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Buschs Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handelsrechts.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. 1903, 7., neubearbeitete Auflage 1910.

Denkschrift zum Entwurfe eines Handelsgesetzbuchs.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 4. 1897 mit Ausschluß des Seerechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs erläutert. Bd. 1. 1. Aufl. 1899 und 2. Aufl. 1908.

Dernburg, Preußisches Privatrecht. Bd. 1.

Dernburg, Das bürgerliche Recht. Bd. 5. 1905.

Endemann, Lehrbuch des Handels-, Wechsel- und Seerechts. Bd. 1. Heidelberg 1865.

Foertsch, Kommentar zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuche von E. S. Puchelt. 4. Aufl., bearbeitet von R. Foertsch.

Gareis, Das deutsche Handelsrecht, Lehrbuch von K. Gareis. 8. Aufl. 1909.

Goldmann, Festgabe für Wilke. Berlin 1900.

Hahn, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen. Bd. 6: Handelsgesetzbuch.

Isay, Das Recht am Unternehmen. Berlin 1910.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.

Lehmann-Ring, Das Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 1. 1902.

Makower, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12. Aufl. 1898, 13. Aufl. 1906.

Meyer, Schuldenhaftung des Erben nach § 27 HGB. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1904.

Nelson, Die Haftung des Erben eines Handelsgeschäfts für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten. Diss. Berlin 1906.

Pisko, Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs. Wien 1907.

Planck, Die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten. In der Deutschen Juristenzeitung. 1899.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 1. u. 2. Aufl. 1902.

Regelsberger in Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 14.

Ritter, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1910.

Schulteß, Schuldhaftung des Erben nach § 27 HGB. Leipziger Diss. Borna-Leipzig 1903.

Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.

Simon in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 24.

Soergel, Rechtsprechung zum Bürgerlichen Gesetzbuch usw. Herausgegeben von Dr. Th. Soergel.

Sohm, Der Gegenstand, ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In der Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Degenkolb. Leipzig 1905.

Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. 1906, 9. Aufl. (Bd. 1) 1911.

Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Herausgegeben gemeinschaftlich mit andern von Dr. J. v. Staudinger. 3./4. Aufl. 1907 ff.

Stegemann, Die Vererbung eines Handelsgeschäfts. In den Rostocker rechtswissenschaftlichen Studien, herausgegeben von Dr. Mathiaß und Dr. Geffcken, Bd. 1 Heft 3. Leipzig 1902.

Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Aufl. 1903.

Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen, herausgegeben von Dr. Otto Warneyer. Leipzig.

Wendt im Archiv für die zivilistische Praxis, herausgegeben von Franklin, Mandry, Rümelin, Wendt usw., Bd. 86 S. 353—436.

Bemerkungen.

Im Falle des Zitats der älteren Auflage eines der vorstehend angeführten Werke ist die Auflagenummer durch römische Zahl angegeben.

BGB. = Bürgerliches Gesetzbuch.
HGB. = Handelsgesetzbuch.
ZPO. = Zivilprozeßordnung.
RG. = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Einleitung.

Der dritte Abschnitt des ersten Buchs des Handelsgesetzbuchs enthält nicht nur seiner Überschrift gemäß Rechtssätze über die Firma, sondern weiterhin auch über die Haftung des Erwerbers eines Handelsgeschäfts für die Geschäftsschulden im Falle der Veräußerung oder des Übergangs durch Erbgang. Die Aufnahme dieser Bestimmungen unter diesen Abschnitt erscheint zunächst sonderbar, sie läßt sich aber sofort erklären, wenn man berücksichtigt, daß die Schöpfer des Handelsgesetzbuchs, wie sich aus den Motiven dazu ergibt, sich noch nicht von der alten Theorie von der Rechtspersönlichkeit der Firma freigemacht hatten. Diese Theorie neigte dazu, die Firmenhandelsgeschäfte ähnlich wie juristische Personen zu behandeln, sie legte das Hauptgewicht auf die Firma und ließ den Geschäftsinhaber in rechtlicher Beziehung nur ungern als eigentliches Rechtssubjekt gelten. Aus dieser Auffassung heraus lassen sich die Sondervorschriften für Veräußerung und Vererbung des Firmenhandelsgeschäfts im dritten Abschnitte des ersten Buchs erklären, denn nach den erbrechtlichen Vorschriften des bürgerlichen Rechts war eine derartige Sonderbehandlung des Firmenhandelsgeschäfts im Sinne der eben erwähnten Theorie ausgeschlossen.

Auch wenn man von der Tatsache absieht, daß die Auffassung der Motive von der Handelsfirma für die Aufnahme der Sondervorschriften über Veräußerung und Vererbung des Firmenhandelsgeschäfts maßgebend war, kann man sie sich auch aus einem andern Gesichtspunkte erklären.

Der Zug moderner Rechtsentwicklung geht dahin, wirtschaftliche Sondergebilde auch rechtlich als solche anzuerkennen und mit besonderen Rechtssätzen auszustatten. Im römischen Rechte ist

die Person alles, nur allmählich erkennt es wirtschaftliche Sonderschöpfungen in der Form der juristischen Person als Rechtssubjekt an; ganz anders das moderne Recht. Dieses läßt die Person immer mehr und mehr zurücktreten und stattet wirtschaftliche Sondergebilde wie die verschiedenen Kapitalgesellschaften, die Aktiengesellschaft, Gesellschaft mit beschränkter Haftung u. a., auf Kosten der natürlichen Person mit Sonderrechtssätzen aus: auch im Rechte siegt das Kapital über die Person! Wie diese gesellschaftlich betriebenen Handelsgeschäfte stellt auch das vom einzelnen betriebene Handelsgeschäft ein Sondervermögen dar, das in seinem wirtschaftlichen Bestande von der Person seines Inhabers ziemlich unabhängig ist (Düringer-Hachenburg S. 243).

Diese Gesichtspunkte dürften die rechtliche Sonderbehandlung des Firmenhandelsgeschäfts rechtfertigen. Soweit diese Sonderbehandlung sich auf die Haftung des Erben eines Handelsgeschäfts bezieht, soll sie im folgenden den Gegenstand unserer Erörterung bilden.

Erster Teil.

Allgemeiner Tatbestand des § 27 HGB.

A. Der Begriff Handelsgeschäft.

§ 1.

Der Begriff im engern Sinne.

Der Eingangssatz des § 27 HGB.: „Wird ein zu einem Nachlasse gehörendes Handelsgeschäft vom Erben fortgeführt" bestimmt die allgemeinen Voraussetzungen tatsächlicher und rechtlicher Natur, unter denen die Rechtssätze des § 27 Anwendung finden. Vor Eintritt in die Untersuchung dieses allgemeinen Tatbestands macht es sich nötig, den Begriff „Handelsgeschäft" festzustellen. Dieser Begriff bildet die Grundlage unserer Erörterung, denn der Eintritt der besonderen Haftung nach § 27 hängt, wie aus dem oben zitierten Satz hervorgeht, davon ab, daß zum Nachlasse ein Handelsgeschäft gehört.

Was versteht man unter Handelsgeschäft? Darauf wird man zunächst antworten können: das Geschäft eines Kaufmanns. Es fragt sich nur, ob diese Antwort irgendeinen Wert hat für die Bestimmung des Begriffs im Rechtssinne.

Nach § 1 HGB. ist Kaufmann, wer ein Handelsgewerbe betreibt. Handelsgewerbe sind gewisse Gewerbe auf Grund zwingender gesetzlicher Vorschrift — Mußhandelsgewerbe des § 1 —, andere nur dann, wenn im Einzelfalle der Betrieb nach Art und Umfang kaufmännische Einrichtung erfordert — Sollhandelsgewerbe des § 2 —, endlich können land- oder forstwirtschaftliche Nebengewerbe im Falle gleichen Betriebsumfangs und gleicher Betriebsart wie

im Falle des § 2 durch Eintragung ins Handelsregister zu Handelsgewerben — Kannhandelsgewerbe des § 3 — werden. Unser Resultat ist demnach, daß ein Geschäftsbetrieb ein Handelsgeschäft im Sinne des Gesetzes ist, wenn der Gegenstand des Betriebes ein Gewerbe bildet, das nach den Vorschriften der §§ 1—3 HGB. Handelsgewerbe ist. Hierzu kommt noch der Fall, daß die Firma des Geschäfts — obwohl das betriebene Gewerbe an und für sich kein Handelsgewerbe ist — ins Handelsregister eingetragen ist, dann sieht das Gesetz das Gewerbe als Handelsgewerbe an, der Inhaber ist Kaufmann, und zwar Vollkaufmann (§ 5 HGB.).

Das so gewonnene Resultat ist für unsere Zwecke vollkommen unverwertbar, und zwar folgt das aus folgender Erwägung. Unsere Untersuchung hat zum Zwecke, die Haftung des Erben im Falle der Vererbung eines Handelsgeschäfts zu betrachten, es ergibt sich also, daß für uns das Handelsgeschäft in seiner Eigenart als Vermögenswert in Betracht kommt. Wollen wir nun zur Basis unserer Untersuchung, wie wir es ohnehin tun müssen, den Begriff Handelsgeschäft nehmen, so muß uns eine Begriffsbestimmung zur Verfügung stehen, die die vermögensrechtliche Seite des Begriffs „Handelsgeschäft" enthält. Dieser Forderung genügt die bisher auf Grund des Gesetzes gewonnene Begriffsbestimmung nicht.

Eine Begriffsbestimmung, die unserem Zwecke genügt, zu finden, soll daher unsere nächste Aufgabe sein.

Für die Gewinnung des Begriffs Handelsgeschäft, wie er sich in rechtlicher — namentlich in vermögensrechtlicher — Beziehung darstellt, ist es unerläßlich, festzustellen und davon auszugehen, was der Kaufmann für eine Vorstellung mit dem Geschäfte verbindet. Das Geschäft setzt sich aus den mannigfaltigsten Elementen zusammen, es sind beispielsweise anzuführen: die Firma, Geschäfts- oder Fabrikationsgeheimnisse, Musterschutz-, Warenzeichen- und Patentrechte, Geschäftsräumlichkeiten, -einrichtung, -personal, -bücher, Warenvorräte, Geschäftsaktiva und -passiva, Telegrammadresse, Medaillen, Ehrenzeugnisse (KG. v. 25. 9. 1905; Warneyer 1907 S. 214) endlich Kredit und Kundschaft. Schon die bloße Aufzählung beweist zur Genüge, wie schwer es ist, diese heterogenen Elemente juristisch zu einer Einheit zusammenzufassen.

Man hat allerdings versucht (z. B. Endemann, Lehrb. S. 55), als ihr Substrat die Idee, den Geist des Geschäfts, zu betrachten, man kommt aber damit zu keinem praktischen Ergebnisse, das auch für eine juristische Begriffsbestimmung verwerten ließe.

Obige Aufzählung lehrt uns, daß sich das Geschäft außer aus reellen auch aus immateriellen Bestandteilen zusammensetzt. Gerade diese immateriellen Bestandteile, wie z. B. die Lage zum Produktions- und Konsumtionszentrum, die Entwicklungschancen, Kredit, Kundschaft, Geschäfts- und Fabrikationsgeheimnisse, sind es, die für den Kaufmann untrennbar mit dem Begriffe des Geschäftes verbunden sind, da sie in seinen Augen dessen Wert ergeben. Gegen unsere Art der Begriffsbestimmung ließe sich vielleicht einwenden, daß sie zwar für die volkswirtschaftliche, nicht aber für die juristische verwertbar sei; wenn auch nicht verkannt werden soll, daß die juristische Begriffsbestimmung von anderen Gesichtspunkten auszugehen hat als die wirtschaftliche, so darf man doch bei einer Untersuchung wie der unsrigen, wo die wirtschaftlichen Elemente des Begriffs so wesentlich in Betracht kommen, diese nicht völlig ignorieren und nur die Begriffsbestimmung von rein juristischem Gesichtspunkte versuchen. Die wirtschaftliche Entwicklung veranlaßt erst die rechtliche Regelung. Es wäre demnach eine Vergewaltigung des wirtschaftlichen Lebens, wenn das Recht ohne Berücksichtigung der gegebenen wirtschaftlichen Werte ein wirtschaftliches Gebilde ein für allemal begriffsmäßig festlegen wollte, das widerspräche auch dem Zwecke des Rechts als Mittel zur Regelung der wirtschaftlichen Verhältnisse und Beziehungen der Rechtsgenossen.

Unsere Untersuchung ergibt, daß nicht bei jedem Geschäfte alle oben aufgezählten Bestandteile in Frage kommen. Das Geschäft im wirtschaftlichen Sinne ist eben keine geschlossene Einheit, (Behrend, Lehrb. Bd. 1 S. 204), selbst während des Geschäftsbetriebs ist es einer beständigen Veränderung durch Wegfall oder Zutritt einzelner Bestandteile ausgesetzt. Es lassen sich also nicht einmal die unbedingt nötigen Bestandteile des Geschäftes festlegen. Die damit gebotene Schwierigkeit der Bestimmung des Begriffs erhöht sich aber noch dadurch, daß dem Geschäfte, wie unsere obige Aufzählung erkennen läßt, außer Sachen, Rechten und Rechts-

verhältnissen namentlich auch tatsächliche Beziehungen wesentlich sind. Nun ist es ohne weiteres klar, daß man die tatsächlichen Beziehungen mit Sachen, Rechten und Rechtsverhältnissen schwer zu einer rechtlichen Einheit zusammenfassen kann, jedenfalls sind sie nicht als Vermögen im Rechtssinne anzusehen. Unter Vermögen versteht das bürgerliche Recht dem engern Sinne nach einen Inbegriff von Rechten. Objekte der Vermögensrechte können nur Gegenstände sein (Sohm, Der Gegenstand), also entweder Sachen, d. h. körperliche Gegenstände (§ 90 BGB.) oder Rechte. Die genannten tatsächlichen Beziehungen, die für das Geschäft im wirtschaftlichen Sinne bedeutsam sind, sind bürgerlichrechtlich zweifellos Nichtgegenstände, denn sie können rechtlich durch Verfügungsgeschäft weder begründet noch übertragen werden, die Begründung oder Übertragbarkeit durch Verfügungsgeschäft ist aber das wesentliche Kriterium des Gegenstands im Sinne des bürgerlichen Rechts. Gegenstand im Sinne des § 90 BGB. sind eben nur Sachen und Rechte verkehrsrechtlicher Art, d. h. solche, die durch Verfügungsgeschäft begründet oder übertragen werden können (Sohm a. a. O.). Bloße Tatsachen, wie der Besitz, sind Nichtgegenstände, sie fallen demnach auch nicht unter den Begriff des Vermögens im engern Sinne. Geradeso verhält es sich mit bloß tatsächlichen Beziehungen und Persönlichkeitsrechten, wie Kredit, Lage, Kundschaft und Firma. Aber gerade diese Nichtgegenstände, die sich wie die Firma nicht selbständig veräußern lassen (§ 21 HGB.), können für die Ermittlung des rechtlichen Begriffs des Geschäfts nicht unbeachtet bleiben, denn wenn sie auch keinen absolut bestimmbaren Vermögenswert besitzen, so mißt man ihnen im Verkehrsleben doch keinen geringeren Wert bei als den reinen Vermögensrechten. Diesem Umstande hat man um so mehr Rechnung zu tragen, als das Recht selbst im Einklange mit der kaufmännischen Anschauung diesen tatsächlichen Beziehungen Vermögenswert zuerkennt, was sich aus der Tatsache ergibt, daß es sie ausdrücklich eines rechtlichen Schutzes würdigt, indem es z. B. Kredit und Kundschaft im Gesetze zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs v. 7. 6. 1909, weiter Warenzeichen und Muster in besonderen Gesetzen schützt. Im kaufmännischen Leben erschöpft sich der Begriff des Geschäfts eigentlich mit diesen tatsächlichen

Beziehungen, das Geschäftsvermögen, d. h. also die Elemente des Geschäfts, die für die streng juristische Bestimmung des Begriffs verwertbar wären, verbindet der Kaufmann mit seiner Vorstellung vom Geschäfte meist überhaupt nicht. Dies ergibt sich aus folgender kaufmännischer Übung. Die Handelsgeschäfte, für die in ausgesprochenerem Grade als sonst das Geschäftsvermögen erforderlich erscheint, so daß man annehmen könnte, es bilde auch nach kaufmännischer Auffassung einen wesentlichen Begriffsbestandteil des Geschäfts, sind die Handelsgesellschaften. Nun liest man oft im Falle der Veräußerung eines gesellschaftsmäßig betriebenen Geschäfts: „Die offene Handelsgesellschaft Z. ist aufgelöst, die Liquidation ist beendet, das Geschäft führt Herr H. weiter". Gerade aus dieser Form der Mitteilung von der Veräußerung eines gesellschaftsmäßig betriebenen Handelsgeschäfts, für das, wie oben erwähnt, das Geschäftsvermögen begrifflich wesentlich zu sein scheint, wird deutlich, daß nach der Anschauung des kaufmännischen Lebens unter Geschäft gewöhnlich nicht das Geschäftsvermögen, sondern hauptsächlich die tatsächlichen Beziehungen verstanden werden. Daß das Geschäftsvermögen nicht veräußert werden kann, ergibt sich bei unserm Beispiele aus den Worten: „Die Liquidation ist beendet", es ist demnach kein Geschäftsvermögen mehr da, das veräußert werden kann. Veräußert könnte nur noch werden ein Recht auf den Geschäftsbetrieb, dieses existiert aber bei der Gewerbefreiheit nicht, es kommt also für die Veräußerung nichts weiter in Betracht als die Gesamtheit der tatsächlichen Beziehungen, d. h. der Geschäftsbetrieb. Die Richtigkeit dieser Auffassung (die namentlich Bolte und Stegemann vertreten) ergibt sich deutlich, wenn wir den Zweck der Geschäftsübertragung ins Auge fassen. Wenn dieser nur der wäre, dem Erwerber das Handlungsvermögen zu übertragen, so hätte der Erwerber im Falle des Überschusses der Aktiven nur das Plus im Verhältnisse zur Übernahmesumme, im Falle des Überwiegens der Passiven aber der Veräußerer das Minus herauszuzahlen. Das Vermögen beider Kontrahenten würde sich also um nichts verändern, die Geschäftsveräußerung hätte demnach wirtschaftlich nicht den geringsten Zweck gehabt (vgl. Simon in ZHR. Bd. 24 S. 119).

Natürlich ist es nicht ausgeschlossen, daß in manchem Falle der Geschäftsveräußerung auch Geschäftsvermögen übergeht, so z. B. bei Veräußerung einer Eisenbahn das Material und der Bahnkörper usw. (Simon in ZHR. Bd. 24 S. 121), bei einer Fabrik das Fabrikgebäude, in anderen Fällen die Rechte des Veräußerers aus Miet- und Dienstverträgen. Diese Tatsachen ändern an der oben aufgestellten — namentlich von Stegemann a. a. O. S. 19 vertretenen — Ansicht nichts, daß ein Übergang von Geschäftsvermögen bei der Geschäftsveräußerung im allgemeinen nicht eintritt und ihr daher auch nicht begrifflich notwendig ist, sondern daß er nur im Einzelfalle und nur dann erfolgt, wenn er eine unbedingte Voraussetzung für den Betrieb des übernommenen Geschäfts ist (Stegemann S. 19). Mit der hier vertretenen Auffassung ist auch die des Gesetzgebers in Einklang zu bringen; denn auch das Gesetz läßt nach §§ 25 ff. HGB. Forderungen und Schulden, also das Geschäftsvermögen nicht regelmäßig auf den Erwerber übergehen. Man kommt daher zu demselben Resultate wie der Anonymus in Elvers' Themis Bd. 1 S. 522: „Bei der Geschäftsveräußerung ist es nicht sowohl darauf abgesehen, das Geschäftsvermögen zu übertragen, als darauf, daß der Erwerber den Handelsbetrieb für die Zukunft erhalte, dem Erwerber ist es nur darum zu tun, daß der, der die Handlung bisher betrieben hat, vom Betriebe zurücktrete und die Art von Geschäften aufgebe, während er selbst in seine Verbindungen, in die Kundschaft, überhaupt in den ganzen geschäftlichen Wirkungskreis des bisherigen Inhabers eintritt". Aus diesem regelmäßigen und oft auch alleinigen Zwecke der Geschäftsübertragung, der Einsetzung des Erwerbers in den Betrieb, gewinnt man als wesentliches Merkmal des Begriffs Handelsgeschäft das tatsächliche Moment: **„Geschäftsbetrieb".**

Wie bereits erwähnt, ist der Standpunkt des Gesetzes nach § 25 der, daß mit der Geschäftsübertragung an sich kein Übergang des Geschäftsvermögens erfolgt. Der Übergang des Aktivvermögens erfolgt nicht ipso jure mit dem Geschäftsübergang an sich, es bedarf dazu vielmehr stets eines besonderen Willensaktes der Parteien (Vereinbarung über Firmenfortführung). Eines gleichen Parteiaktes bedarf es für den Übergang der Passiven — zunächst

ganz abgesehen davon, ob man sie zum Vermögen rechnen darf —. Hieraus ergibt sich, daß es durchaus abwegig wäre, das Geschäft als Gesamtvermögen aufzufassen oder etwa, wie es Cosack (Lehrb. d. HR. S. 66) tut, eine Legaldefinition dafür aufzustellen. Mit Regelsberger und Binder wird man daher das Handelsgeschäft seinem engsten Begriffe nach völlig als Tatsache auffassen haben, indem man darunter regelmäßig nichts anderes als die bloße Gelegenheit zum Geschäftsbetriebe oder den Geschäftsbetrieb schlechthin versteht. Es ist aber hervorzuheben, daß das gefundene Begriffsmoment „Geschäftsbetrieb" nur den Begriff des Geschäftes in seiner engsten Grenze darstellt, keineswegs aber eine allgemeingültige Begriffsbestimmung ist. Es gibt vielmehr noch eine weitere Grenze des Begriffs, deren Feststellung die nächste Aufgabe dieser Untersuchung sein soll.

§ 2.

Der Begriff im weiteren Sinne.

Ausgehend von der Geschäftsveräußerung, welcher Fall, abgesehen von seiner Häufigkeit, für uns namentlich wegen des Zusammenhanges mit dem Gegenstande unserer Untersuchung besonderes Interesse hat, erhielten wir als engsten Begriff, jedenfalls als wesentlichstes Begriffsmerkmal des Handelsgeschäfts, den Geschäftsbetrieb. Nunmehr erübrigt sich nur noch die Untersuchung anderer Fälle des Geschäftsübergangs, und zwar kommt in Betracht der durch Vermächtnis, durch die — jetzt allgemein anerkannte — Verpfändung (Warneyers Jahrb. 1906) oder aber durch Nießbrauchsbestellung am Handelsgeschäfte. Es fragt sich, ob auch in diesen Fällen das Handelsgeschäft im engeren Begriffe als „Geschäftsbetrieb" aufzufassen ist oder in einem weiteren. Auszugehen haben wir auch bei dieser Untersuchung gerade wie in dem Falle des Geschäftsübergangs durch Veräußerung vom Zwecke der Übertragung.

Im Falle des Geschäftsübergangs durch Vermächtnis beabsichtigt der Erblasser, dem Bedachten nicht nur den Geschäftsbetrieb zuzuwenden, sondern das Geschäft als solches, wie es in seinen

eigenen Händen war, also namentlich das Geschäftsvermögen, das in diesem Falle eine Voraussetzung des Betriebes durch den Vermächtnisnehmer ist. Der Sinn des Vermächtnisses ist ja die Vermögenszuwendung; nun ist das Geschäft im engern Sinne, wie eben festgestellt, kein Vermögen im Rechtssinne, daher kann rechtlich Gegenstand des Vermächtnisses nur das Geschäftsvermögen sein, mit dem gleichzeitig des engen Zusammenhanges wegen der Geschäftsbetrieb mitübergeht, ohne daß er aber der eigentliche Gegenstand der erblasserischen Verfügung ist. Genau so verhält es sich im Falle der Verpfändung und der Nießbrauchsbestellung. Hier sind gerade die Elemente, die nach unserer Untersuchung nicht unter den Begriff Geschäftsbetrieb fallen, mit Rücksicht auf den Zweck der Geschäftsübertragung — der bei Verpfändung die Vermögenssicherung des Pfandgläubigers, bei Nießbrauchsbestellung entweder Vermögenssicherung wie eventuell auch eine reine Zuwendung ist — nach der Parteienabsicht und auch rechtlich diejenigen, für die die Übertragung wirkt und wirken soll, denn die Elemente, die den Geschäftsbetrieb ausmachen, sind nicht annähernd in Geld abschätzbar und daher auch keine tauglichen Mittel für eine Vermögenssicherung. Wir haben demnach das Resultat erhalten, daß sich das Geschäft in diesen Fällen anders darstellt, als in dem der Veräußerung, gleichzeitig sehen wir daraus, daß die Vorschriften des Gesetzes in den §§ 25—27 HGB. nicht etwa implizite eine Legaldefinition des Begriffes „Handelsgeschäft" enthalten können, denn diese Definition würde die hier erwähnten Fälle des Geschäftsübergangs nicht mit decken. Nach unseren bisherigen Resultaten haben wir aber nicht nur die Möglichkeit einer Legaldefinition, sondern überhaupt die jeder Definition abzulehnen und müssen uns auf die Feststellung der unbedingt notwendigen und der möglichen Begriffsmerkmale, also auf eine Begrenzung nach der engsten und nach der weitesten Seite beschränken. Die weiteste Grenze würde sein, das Geschäft als Einheit aller mit dem Betriebe zusammenhängenden Elemente aufzufassen. Eine derartige, begriffliche Zusammenfassung macht rechtlich aber erhebliche Schwierigkeiten, da, wie im Anfange unserer Untersuchung erwähnt, die heterogensten Elemente begrifflich zu vereinigen wären. Aufgabe des Folgenden soll nun

sein, zu untersuchen, ob sie überhaupt möglich ist, d. h. ob es überhaupt einen Oberbegriff gibt, unter den das Handelsgeschäft begrifflich zu subsumieren geht.

Das römische Recht kannte die universitas juris und die universitas ex distantibus; davon dient zwar die allein in Frage kommende universitas juris der rechtlichen Zusammenfassung verschiedener, wirtschaftlich zusammengehöriger Vermögensbestandteile, aber nicht schlechthin, sondern nur in Fällen besonderer gesetzlicher Regelung oder dieser gleichkommender Verkehrsübung. Beide Voraussetzungen treffen auf das Handelsgeschäft nicht zu, woraus sich ergibt, daß es unter diesen Begriff nicht untergeordnet werden kann. Wohl aber kennt das deutsche Recht, dem Bedürfnisse modernen Verkehrs Rechnung tragend, im „Sachinbegriff" einen Allgemeinbegriff, der alle Bestandteile des Handelsgeschäfts, insbesondere die Rechtsbeziehungen deckt. Dieser deutschrechtliche Vermögensinbegriff ist eine Gesamtheit von Gegenständen und Rechtsbeziehungen dieser Gegenstände, die zu demselben wirtschaftlichen Zwecke vereint sind. Der Begriff Gegenstand umfaßt, wie oben erwähnt, gemäß § 90 BGB. nicht nur Sachen, sondern auch Rechte. Sachen sind nur die körperlichen Gegenstände (§ 90 BGB.), demnach dürfte es durchaus abwegig sein, mit Stegemann (a. a. O. S. 25 ff.) zu behaupten, das deutsche Recht kenne als Sachen nicht nur körperliche Sachen, sondern nach seiner Terminologie seien auch dingliche und obligatorische Rechte Sachen. Wenn dem beizustimmen wäre, dann hätte es sich das Recht sparen können, den Begriff des Gegenstandes zu schaffen, denn dieser dient dazu, Sachen und Rechte, sobald sie wirtschaftlich zusammengehören, auch rechtlich zusammenfassen zu können, von der von Stegemann angenommenen Erweiterung des Sachbegriffs im deutschen Rechte ist demnach keineswegs die Rede. Die zum Vermögensinbegriffe verbundene Einheit körperlicher und anderer Gegenstände stellt kein neues festumgrenztes Rechtsobjekt dar wie etwa die universitas juris, er ist nicht wie diese eine Summe von Vermögensbestandteilen, die infolge gleicher wirtschaftlicher Bestimmung auch in rechtlicher Beziehung als Einheit gilt. Das deutsche Recht sucht im Gegensatze zum römischen möglichst der wirtschaftlichen Eigenart Rechnung zu tragen und demnach wirtschaftliche Ein-

heiten auch rechtlich als solche zu behandeln. Wenn es so auch den Vermögensbegriff möglichst als einheitliches Rechtsgebilde behandelt, so prägt es seinen Charakter je nach der historischen Entwicklung verschieden stark aus (Dernburg, PrPrivR. Bd. 1 S. 133). So kommt es dann wohl auch dazu, die mit Rücksicht auf den Inbegriff kontrahierten Schulden in der Weise als Bestandteil des Inbegriffs aufzufassen, daß es sie zusammen mit den anderen Gegenständen des Inbegriffs auf den Erwerber übergehen läßt (Reeder- und Seevermögen; Stegemann a. a. O. S. 26). Einen vollkommen einheitlichen Rechtsbegriff stellt der Vermögensinbegriff allerdings nicht dar, das ergibt sich daraus, daß eine Universalsukzession außer bei Erbgang unmöglich ist, und daß jede Sache einzeln und jedes Recht nach den für seine Übertragung geltenden Vorschriften übertragen werden muß (Nießbrauch an einem Vermögen, BGB. § 1085).

Die Gesichtspunkte, die wir im vorstehenden für den Begriff des Vermögensinbegriffes entwickelt haben, treffen auch für den des Handelsgeschäfts in den von uns in diesem Paragraphen zur Basis gewählten Übertragungsfällen zu. Auch in diesen Fällen soll eine wirtschaftliche Einheit übertragen werden, und zwar eine solche, die ihren Elementen nach nicht fest begrenzt ist, sondern sich entsprechend ihrem Charakter als Verkehrsgebilde in der mannigfaltigsten Gestalt darstellt. Wenn wir auch — wie am Eingange der Untersuchung betont — bei der Gewinnung des Begriffs „Handelsgeschäft" der Auffassung des Verkehrslebens Rechnung tragen zu müssen glauben, so bedeutet das nicht, daß wir es vom rechtlichen Standpunkte für angängig erachten würden, das Handelsgeschäft zu subjektivieren, d. h. es als eigenes Verkehrswesen, als Träger des Kredites usw. aufzufassen, dem der Prinzipal nur als wesentlichstes Organ dient. Diese früher von Endemann (Lehrb. des deutschen HR. 1. Abt., Heidelberg 1865) vertretene Ansicht verquickt die rechtliche Charakterisierung des Handelsgeschäfts zu sehr mit wirtschaftlichen Gesichtspunkten und ist daher vom juristischen Standpunkte ebenso unbrauchbar wie die frühere und — wie bereits erwähnt — auch in den Motiven zu § 27 vertretene Ansicht von der Rechtspersönlichkeit des Firmenhandelsgeschäfts (Mot. z. BGB. Bd. 55 S. 83). Andererseits ist

aber das Gegenstück dieser Auffassung, wie wir es bei Binder und Regelsberger finden, ebenfalls zu verwerfen. Beide sehen im Handelsgeschäfte nichts weiter als die mit einer bestimmten Räumlichkeit oder einem bestimmten Namen oder mit beiden verknüpfte Gelegenheit zum Betriebe eines Handelsgewerbes. Ihr Begriff des Handelsgeschäfts deckt sich also mit dem von uns als engsten Begriff festgestellten. Immerhin ist die Auffassung, wenn wir sie auch ablehnen, der Endemannschen bei weitem vorzuziehen. Sie hat vor dieser voraus, daß sie den Begriff des Handelsgeschäfts juristisch zu präzisieren sucht und, wenn dies auch völlig unter Außerachtlassung der wirtschaftlichen Natur des zu definierenden Gegenstandes geschieht, unter Vermeidung jeder phrasenhaften Verflachung so die von ihrem römischrechtlichen Standpunkt allein richtigen Schlüsse zieht. Der Romanist hat, wie oben erörtert, als rechtlichen Ausdruck einer wirtschaftlichen Mehrheit nur die universitas facti und die universitas juris zur Verfügung, unter keinen der beiden Begriffe läßt sich das Handelsgeschäft subsumieren, demnach bleibt vom romanistischen Standpunkte die einzige Möglichkeit, das Handelsgeschäft, weil es sich unter gegebene Rechtsbegriffe nicht unterordnen läßt, als bloße Tatsache aufzufassen. So logisch und annehmbar diese Auffassung auch erscheint, ist ihr vom Standpunkte des deutschen Rechts nicht beizutreten, da dieses — wie oben erwähnt — als modernes Recht in seiner Tendenz, wirtschaftliche Einheiten auch rechtlich möglichst als solche zu behandeln, die Möglichkeit bietet, Gebilde des wirtschaftlichen Lebens unter neue, dem heutigen Verkehrsleben gerecht werdende Begriffe zu subsumieren. Bei aller Ehrfurcht vor dem römischen Rechte werden wir uns in der Erwägung, daß das Handelsrecht eine durchaus deutsche Rechtsschöpfung ist, doch der Ansicht nicht verschließen können, daß es zu gewagt ist, ein modernes Verkehrsprodukt, wie es das Handelsgeschäft ist, unter alte römische Rechtsbegriffe unterordnen zu wollen und, wenn dies unmöglich wird, es als etwas rein Tatsächliches anzusprechen. Als wir oben das Geschäft seiner engsten Grenze nach bestimmten, sahen wir, daß sich alle dem Betriebe dienenden Elemente in ihrer Gesamtheit als Geschäft im engern Sinne auffassen ließen. Diese Elemente müssen wir für die weitere Untersuchung ausschalten,

soweit sie keinen Vermögenswert repräsentieren, da sie eben insofern nicht Objekte von Rechten sein können. Die verbleibenden geldwerten Bestandteile (vgl. oben S. 10) stellen das Handelsgeschäft im weiteren Sinne dar, das wir demnach mit Handelsvermögen bezeichnen können. Als weitesten Begriff des Handelsgeschäftes haben wir somit festgestellt:

> die Gesamtheit der durch den Betrieb eines Handelsgewerbes vereinigten Vermögensbestandteile und Beziehungen von Vermögenswert.

Hiermit decken sich auch Staubs und Boltes Definitionen. Staub und mit ihm auch die meisten sehen das Handelsgeschäft an als Inbegriff alles dessen, was zum Betriebe des konkreten Handelsgewerbes gehört — oder, wie es das Kammergericht ausdrückt: den im betreffenden Handelsgewerbe steckenden Vermögenswert ausmacht (Staub S. 143 Anm. 4 zu § 22) —, wozu im weitesten Umfange gehören: die zugehörigen beweglichen und unbeweglichen Gegenstände, die zugehörigen Rechte, sonstigen Verkehrsgegenstände, z. B. Fabrikationsgeheimnisse, Kenntnis von Bezugs- und Absatzquellen, Kundschaft, Kredit, Geschäftschancen, Geschäftsverbindlichkeiten usw.

Mit Staub stimmt auch Bolte überein, der das Geschäft auffaßt als

> Inbegriff, der einerseits die zum Betriebe eines Gewerbes dienenden Sachen, andererseits die in dem Gewerbe zum Zwecke desselben entstandenen Rechtsverhältnisse und tatsächlichen Beziehungen zu Dritten umfaßt,

oder kurz gesagt:

> der zum Betriebe eines Handelsgewerbes dienende Organismus.

Es bedarf keinerlei Hervorhebung, daß alle diese Definitionen nicht etwa aus dem § 25 HGB. einen Legalbegriff ableiten wollen, dafür fehlte, wie oben gesagt, im Gesetze jede Grundlage. Unsere Bestimmung des Begriffs nach der engsten und der weitesten Grenze widerspricht jedenfalls nicht dem Gesetze und genügt zugleich als Grundlage für unsere Untersuchung.

B. Die weiteren allgemeinen Voraussetzungen des § 27 HGB.

§ 3.

Zum Nachlasse gehöriges Handelsgeschäft.

Im vorigen haben wir es versucht, eine Begriffsbestimmung für das Handelsgeschäft zu gewinnen, und uns damit begnügt, den Begriff nach seiner engsten und seiner weitesten Grenze zu bestimmen. Es tritt uns nunmehr die Frage nahe, ob wir für unsere Untersuchung mit dieser Bestimmung der unbedingt notwendigen und der bloß möglichen Begriffsmerkmale auskommen können. Der § 27 setzt für die Anwendbarkeit seiner Bestimmungen voraus, daß das Handelsgeschäft zum Nachlasse gehört, also vererbt worden ist. Hierin liegt für uns die Schwierigkeit, ob unter Beibehaltung unseres Standpunktes, daß von einer Definition des Handelsgeschäfts überhaupt abzusehen ist, der erforderliche Nachweis der Vererblichkeit des Handelsgeschäfts erbracht werden kann.

Mit dem Tode einer Person geht deren Vermögen als Ganzes auf den Erben über (§ 1922 BGB.; Strohal I S. 14). Zur Vererblichkeit des Handelsgeschäfts ist demnach erforderlich, daß es zum Vermögen gehört. Nach dem prinzipiellen Standpunkte des BGB. ist Vermögen die Summe von Rechten; nicht gehören darunter die Schulden und tatsächlichen Beziehungen geldwerter Natur. Diese Auffassung beweisen die §§ 318, 1086 BGB. Bestünde das Vermögen im engern Sinne auch aus Schulden, so müßte der Übernehmer (§ 318) und ebenso der Nießbraucher desselben (§ 1086) diese mit übernehmen. Bei beiden Teilen ist es nicht der Fall, sie haben einzig und allein die Verpflichtung, die Vollstreckung in das übernommene bezw. mit dem Nießbrauche belastete Vermögen zu dulden. Wäre diese Auffassung vom Vermögen auch im Erbrechte vom BGB. sanktioniert, so wäre die Vererbung des Handelsgeschäfts ausgeschlossen, weil es danach eben nicht zum Vermögen gehörte. Im Erbrechte nimmt das BGB. tatsächlich einen andern Vermögensbegriff an, der der wirt-

schaftlichen Auffassung mehr entspricht als der vorhin erwähnte. Nach dem Erbrechte gilt der deutschrechtliche Satz: „Der Tote erbt den Lebendigen" (Strohal I S. 25). Dieser Satz bedeutet nicht nur, daß der Erbe ipso iure durch den Anfall ohne aditio Erbe wird, sondern weiter hauptsächlich, daß er im Unterschiede zu andern Gesamtnachfolgern die ganze vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers, sein ganzes rechtliches Können, fortsetzt. Das rechtliche Können des Erblassers erschöpft sich aber nicht in der Summe seiner Rechte und Verpflichtungen, es gehören dazu vielmehr auch Tatsachen und Rechtslagen, die einen Vermögenswert repräsentieren (Strohal I S. 16; Kohler, Lehrb. §§ 49 ff.; Dernburg Bd. 5 S. 124). Daß diese Tatsachen und Rechtslagen vererblich sind, beweist der § 857 BGB., der lautet: „Der Besitz geht auf den Erben über". Der Besitz ist allgemeiner Ansicht nach kein Recht, sondern wohl nur eine Tatsache mit rechtlichen Folgen, eine Rechtslage; da er seiner Natur nach die am meisten schutzbedürftige Rechtslage ist, so erklärt sich, daß das BGB. seinen Übergang auf den Erben ausdrücklich bestimmt, während er dies für andere Tatsachen und Rechtslagen nicht tut. Zweifellos erkennt das Gesetz hiermit prinzipiell an, daß nicht nur Rechte, sondern auch Rechtslagen und Tatsachen auf den Erben übergehen. Also verläßt das BGB. im Erbrechte seinen sonstigen engern Vermögensbegriff und anerkennt, daß zum Vermögen im weiteren Sinne nicht nur Rechte, sondern auch Tatsachen, Rechtsverhältnisse und Schulden gehören.

Aus dieser Feststellung ergibt sich, daß man unbedenklich die Zugehörigkeit des Handelsgeschäfts zum Nachlasse bejahen darf, selbst wenn man es in seiner engsten Grenze, „Geschäftsbetrieb" als etwas rein Tatsächliches, wie es Binder als allein möglich erachtet, auffassen wollte (Strohal I S. 22; Binder S. 30 ff.; Staub I S. 178 Anm. I zu § 27).

Damit ist die Schwierigkeit, die für uns darin liegt, bei der bloßen Umgrenzung des Begriffs nach seiner engsten und seiner weitesten Grenze unter Verzicht auf jede Definition, die Vererbbarkeit des Handelsgeschäfts im engern Sinne nachzuweisen, gehoben. Der Nachweis, daß auch das Handelsgeschäft im weiteren Sinne vererblich ist, ist nicht erforderlich, denn im weiteren Sinne

deckt sich, wie oben ausgeführt, Handelsgeschäft mit Handlungsvermögen (s. oben S. 14), dieses ist aber auf jeden Fall, da es aus Forderungen und Schulden besteht, nach den §§ 1922, 1967 BGB. vererblich.

Damit das Geschäft Bestandteil des erblasserischen Vermögens sei, ist nicht erforderlich, daß es tatsächlich im Eigentume des Erblassers gestanden hat, es gehört vielmehr auch schon dann zum Nachlasse, wenn es auf Grund eines dinglichen oder obligatorischen Rechtes zum Vermögen des Erblassers gehörte (Bolte a. a. O. S. 420; Stegemann, Nelson S. 29), nötig ist nur, daß das den Rechtsgrund der Zugehörigkeit bildende Recht vererblich ist. Daher kommt ein höchstpersönliches Recht wie der Nießbrauch nicht in Frage (Strohal S. 22), wohl aber insbesondere die Pacht eines Handelsgeschäfts. Der Fall der Pacht stellt sich dar als Veräußerung auf Zeit, der Pächter ist Eigentümer des ganzen Betriebes (ähnlich Isay S. 140 Anm. 1), wenn er ihn auch unter der Firma des Verpächters betreibt, er wird also Eigentümer der verbrauchbaren Sachen, zu denen gemäß § 92 BGB. auch das Lager gehört; die zurzeit vorhandenen Forderungen gehen im Zweifel auf ihn über, und er gilt den Schuldnern gegenüber als der legitimierte Gläubiger, dementsprechend hat er sich auch als Inhaber des Geschäfts ins Handelsregister eintragen zu lassen (Staub I S. 152), andererseits haftet er auch für die Schulden des Geschäfts, die im Zweifel im Verhältnisse zum Verpächter auf ihn übergehen (§ 25 HGB.). Es finden also auf die Verpachtung die für die Veräußerung unter Lebenden geltenden Vorschriften des § 25 HGB. analoge Anwendung (Staub I S. 152 Anm. 16 zu § 22). Auch die Zugehörigkeit eines verpfändeten Handelsgeschäfts zum Nachlasse ist zu bejahen. Früher war es bestritten, daß ein Handelsgeschäft verpfändet werden könne (Endemann), jetzt ist diese Möglichkeit allgemein anerkannt. Im Falle der Verpfändung stellt sich die Rechtslage genau wie bei der Verpachtung.

§ 4.

Fortführung durch den Erben.

a) Fortführung.

Das zum Nachlasse gehörige Handelsgeschäft muß fortgeführt werden. Zum Begriffe der Fortführung gehört einmal, daß tatsächlich eine führende Tätigkeit ausgeübt, und weiter, daß der frühere Geschäftsbetrieb als solcher fortgeführt wird. Was man im ersten Sinne als Fortführung des Geschäfts anzusehen hat, läßt sich nicht ohne weiteres festlegen, sondern hängt ganz und gar von der Art und dem Umfange des Geschäftsbetriebs ab. Unzweifelhaft ist, daß Fortführen das Betreiben des Geschäfts in sich schließt; was aber im Einzelfalle zum Betriebe eines Geschäfts nötig ist, bleibt Tatfrage. Ist das Geschäft nur ein kleines Ladengeschäft, so besteht die Führung zweifellos in der persönlichen Leitung der Warenan- und -verkäufe, der Anstellung des Personals usw. Ist es dagegen ein großes Handelshaus mit Zweigniederlassungen an verschiedenen Orten, so wird sich die Fortführung desselben auf Erteilung der Geschäftsdirektiven und auf eine im wesentlichen überwachende Tätigkeit beschränken. In jedem Falle setzt Fortführung im Sinne dieses Paragraphen voraus, daß der eventuelle Gewinn aus der Geschäftsführung ins Eigentum des Fortführenden fällt. Allgemein ausgedrückt ist unter Fortführung in diesem ersten Sinne schlechthin die Leitung des Geschäfts zum Zwecke des Erwerbes daraus zu verstehen.

Wenn nun das Geschäft des Erblassers aus Haupt- und Nebenniederlassung besteht, so fragt es sich, ob bei Fortführung der Zweigniederlassung durch den Erben ebenfalls von einer Fortführung des Geschäfts die Rede sein kann. Die Zweigniederlassung ist kein selbständiges Geschäft, sondern nur ein Teil eines solchen, sie erfüllt daher nicht das Erfordernis des § 22 HGB. (Staub S. 196 Anm. 11 zu § 30, S. 165 Anm. 1b zu § 25). Um unter Lebenden selbständig mit Firma veräußert werden zu können, wäre Voraussetzung, daß die Zweigniederlassung zur Hauptniederlassung erhoben würde und erst dann mit der Firma, die sich dann als neue Firma darstellte (Staub S. 196 Anm. 10 zu § 30), übertragen würde. Wenn nun auch die Praxis diesen

umständlichen Weg vermeidet und die Weiterveräußerung der Firma mit dem Zweiggeschäfte allein unter denselben Voraussetzungen wie den Übergang der Firma auf das zur Hauptniederlassung erhobene Zweiggeschäft gestattet, so ergibt sich daraus nicht die Selbständigkeit des Zweiggeschäfts, es bleibt vielmehr die Tatsache seiner Unselbständigkeit anerkannt. Hieraus erhellt, daß der Erbe einer Zweigniederlassung nicht für die Geschäftsschulden nach § 27 haftet, weil dessen Anwendbarkeit ein selbständiges Handelsgeschäft voraussetzt.

Fortgeführt werden muß das Handelsgeschäft des Erblassers als solches. Die Tätigkeit der Fortführung muß sich also als Fortsetzung der alten Geschäftsführung ansehen lassen (Bolte S. 421ff.). Nicht erforderlich ist dagegen eine unmittelbare Fortsetzung des erblasserischen Betriebes, insbesondere kann vor der Fortführung durch den Erben eine solche seitens des Testamentsvollstreckers, Nachlaßverwalters, -pflegers, Vorerben oder eines weggefallenen oder durch Erbunwürdigkeit ausgeschlossenen Erben liegen, ohne daß dadurch die Kohärenz mit dem erblasserischen Betriebe unterbrochen wird. Andererseits kann die Identität der Betriebe aufgehoben werden durch sachliche Veränderungen oder durch den zeitweiligen Stillstand des Betriebes. Letzterer kommt dabei allerdings nicht in Betracht, wenn er seiner Natur nach ein nur vorübergehender war, es ist also hauptsächlich seine Dauer maßgebend, denn nur ein langandauernder Stillstand vermag die Betriebsverhältnisse so zu verändern, daß der neue mit dem alten Betriebe fast keinen Zusammenhang hat. Sachliche Veränderungen heben den Zusammenhang der Betriebe nur auf, wenn sie besonders einschneidende sind, so daß der neue Betrieb etwas wesentlich anderes als der alte darstellt; bleibt dessen Charakter trotz der Veränderungen im wesentlichen gewahrt, so bleibt es unbeachtlich, wenn nach und nach Veränderungen erfolgen, die eine Vergrößerung oder Einschränkung des Betriebes oder die Einführung neuer Artikel zum Gegenstand haben. Möglicherweise kann dadurch der vom Erben fortgesetzte Betrieb nach und nach eine ganz andere Gestalt als der erblasserische annehmen, ohne daß dessen Fortführung infolgedessen zu verneinen wäre (Staub S. 148 Anm. 10 zu § 22; Cosack S. 63; Makower S. 117; RG. Bd. 46

S. 152; and. A. Goldmann Bd. 1 S. 94; Düringer-Hachenburg S. 234; Lehmann-Ring S. 85 ff.). Es läßt sich eben nicht ein für allemal eine Grenze bestimmen, wann Geschäftsveränderungen den Zusammenhang des alten mit dem neuen Betriebe ausschließen, sondern bleibt vollkommene Tatfrage, die von Fall zu Fall nach der Verkehrsauffassung zu entscheiden ist, denn die Verkehrsauffassung läßt keinen Zweifel darüber, ob ein Handelsgeschäft mit dem alten identisch ist oder als neues Unternehmen anzusehen ist.

b) Fortführung durch den Erben.

Die Fortführung des Handelsgeschäfts muß durch den Erben erfolgen, wenn die Bestimmungen des § 27 Anwendung finden sollen. Nach § 1922 BGB. ist Erbe die Person, auf die das erblasserische Vermögen als Ganzes übergeht. Erbe in diesem Sinne ist aber nur der definitive Erbe, der die Erbschaft entweder ausdrücklich oder stillschweigend — durch Verlust des Ausschlagungsrechts des § 1922 BGB. — angenommen hat. Nicht Erbe ist derjenige, der als solcher wohl berufen, dann aber erbunwürdig wird; der Anfall an ihn gilt nach § 2344 Abs. 1 BGB. als nicht erfolgt. Führte dieser das erblasserische Geschäft fort, so sind damit die tatsächlichen Voraussetzungen des § 27 HGB. nicht erfüllt, weil es eben keine Fortführung durch den Erben ist, die Fortführung durch ihn kommt, wie oben ausgeführt, nicht in Betracht (Makower S. 62, 12. Aufl.; Bolte a. a. O.), sondern es kommt auf die seitens des wirklichen Erben an. Genau so steht es mit dem Erwerbe eines Handelsgeschäfts durch einen Vermächtnisnehmer. Für diesen kann nie eine Haftung nach § 27 in Betracht kommen, sondern nur nach § 25, dies ist auch in der Literatur allgemein anerkannt (Staub Bd. 1 S. 165 Anm. 2, S. 185 Anm. 32), bestritten ist nur die sehr wenig praktische Frage, ob § 25 direkt oder nur analog anzuwenden ist. Makower S. 57, Bolte S. 423, Stegemann usw. entscheiden sich für eine direkte, Staub S. 185, Lehmann-Ring S. 100, Düringer-Hachenburg Bd. 1 S. 274 für eine analoge Anwendung. Letztere begründen ihre Ansicht damit, der Erwerb durch Vermächtnis sei kein Erwerb unter Lebenden (Staub S. 165, 185), denn dem stehe die Aufzählung in § 1369

BGB. unter den Erwerbsarten von Todes wegen entgegen, Erwerb nach § 27 HGB. sei es aber auch nicht (Staub S. 165), da § 27 nicht allen Erwerb von Todes wegen, sondern nur den durch den Erben treffe. Demnach sei der Erwerb durch Vermächtnis in keinem der beiden Paragraphen getroffen, es könne sich nur fragen, nach Analogie welcher Vorschrift er zu behandeln sei, das sei nach § 25. Bolte wendet gegen diese Ansicht und für seine Auffassung der direkten Anwendung des § 25 die Entstehungsgeschichte der §§ 25 und 27 ein. Im 1. Entwurfe seien alle Fälle des Geschäftserwerbs, also auch der durch den Legatar, in § 23 zusammengefaßt gewesen, in § 25 sei dann für einen der in § 23 enthaltenen Fälle, nämlich für den des Geschäftsübergangs auf den Erben, eine besondere Bestimmung getroffen worden. Der 2. Entwurf habe diese Regelung des ersten insofern geändert, als er nur den Geschäftsübergang auf den Erben von den andern Fällen gesondert im § 27 behandelte. Daher ergebe sich die Absicht des Gesetzes, auf den Erwerb durch Vermächtnis den § 25 HGB. anzuwenden. Diese Ansicht hat mehr für sich als die Staubs. Das Geschäft wird doch nicht schon durch die Verfügung von Todes wegen erworben, da ja das Vermächtnis des Bürgerlichen Gesetzbuches Damnationslegat ist (§§ 2174, 2176 BGB.). Erworben wird durch die Annahme des Vermächtnisses nichts als der Anspruch gegen den Beschwerten auf Verschaffung des Eigentumes an dem vermachten Gegenstande. Dieser selbst — also hier das Geschäft — wird durch Verfügung des Beschwerten, also durch Rechtsgeschäft unter Lebenden verschafft. Dieser Konstruktion steht auch der Wortlaut des § 1369 BGB. nicht entgegen, wenn er den Erwerb durch Vermächtnis als Erwerb von Todes wegen bezeichnet. Durch die Verfügung von Todes wegen wird der Anspruch des Bedachten gegen den Beschwerten auf Verschaffung des vermachten Gegenstandes erworben, sie ist also der Titulus für das obligatorische Recht des Vermächtnisnehmers, und daher kann man den Erwerb des Anspruchs auf Leistung des Vermachten, wie § 1369 dies tut, als Erwerb von Todes wegen bezeichnen, weil eben die Verfügung von Todes wegen die causa des Erwerbs bildet, ohne davon abzugehen, daß der vermachte Gegenstand selbst nur durch Verfügung unter Lebenden, d. h. durch Eigentums-

übertragung durch den Beschwerten erworben wird (and. A. Nelson S. 35 ff.; Goldmann S. 102 Abs. 1; Staub Bd. 1 S. 185).

Dem Erwerbe durch Vermächtnis ist der Erwerb des Handelsgeschäfts durch den Erben auf Grund eines Vorvermächtnisses nach § 2150 BGB. gleich zu achten.

Zur Fortführung des Geschäfts durch den Erben ist nicht notwendig, daß dieser selbst die führende Tätigkeit ausübe, er kann dies auch durch einen Vertreter tun lassen. Es ist in diesem Sinne Fortführung durch den Erben anzunehmen, wenn ein Dritter als Geschäftsführer ohne Auftrag des Erben das zum Nachlasse gehörige Geschäft für diesen fortführt, sofern der Erbe nachträglich seine Genehmigung dazu erteilt (Bolte S. 424). Insbesondere ist es auch Fortführung durch den Erben, wenn die vom Erblasser bestellten Prokuristen das Geschäft fortführen — die Prokura erlischt ja nach § 52 HGB. nicht mit dem Tode des Inhabers des Handelsgeschäfts (Strohal S. 16) — oder die erblasserischen Handlungsbevollmächtigten, soweit deren Vollmacht nicht gemäß §§ 672, 675 BGB. mit dem Tode des Auftraggebers erlischt.

Die Vertretung des Erben durch diese Personen in der Fortführung des Geschäfts geschieht ausschließlich im Interesse des Erben, daher ist Fortführung durch sie Fortführung durch den Erben. Von diesen Fällen der Fortführung durch Vertreter des Erben, die dies sind kraft Auftrags, sind zu trennen die Fälle der Fortführung durch den gesetzlichen Vertreter.

Der gesetzliche Vertreter des Erben kann die Fortführung einzig und allein als solcher besorgen, er erscheint dann auch nach außen nur als Vertreter des Erben. Dies trifft zu beim Vormund und Pfleger. Der Fortführende kann nun aber auch in vermögensrechtlicher Hinsicht nicht nur Vertreter des Erben sein, sondern an dessen Vermögen ein eigenes Recht haben —, Vater, eheliche Mutter. Während im ersten Falle die Fortführung seitens des Vertreters des Erben — der auch nach außen als Vertreter und nur als solcher auftritt — Fortführung durch den Erben ist und ohne weiteres die Haftungsfolgen des § 27 nach sich zieht (Bolte a. a. O. S. 424; Nelson S. 30), ergeben sich im letzten Falle Schwierigkeiten, weil es nicht ohne weiteres er-

sichtlich ist, ob der gesetzliche Vertreter dieser Art das Handelsgeschäft im eigenen Namen für sich selbst oder aber nur als Vertreter des Kindes fortführt und für sich nur auf Grund des ihm nach §§ 1644, 1652 BGB. zustehenden Nutzungsrechtes am Kindesvermögen den Reinertrag behält. Von einer Fortführung durch den Erben kann hier eben nur dann die Rede sein, wenn sich der Wille des gesetzlichen Vertreters, nur Vertreter des Erben in der Fortführung zu sein, deutlich erkennen läßt. Wann dies der Fall ist, ist vollkommene Tatfrage. Z. B. ließe sich oft eine entsprechende Willenskundgebung herleiten aus der Anmeldung des Gewerbebetriebs auf den Namen des Vertretenen oder dessen Anmeldung im Handelsregister (Stegemann a. a. O. S. 102). In Zweifelsfällen ist schließlich nach der Regel des § 164 Abs. 2 BGB. zu entscheiden (Nelson S. 31).

Nicht unter diese Fälle hat man die Fortführung durch den Ehemann der Erbin zu rechnen (Bolte S. 425). Er ermangelt der Eigenschaft eines gesetzlichen Vertreters der Erbin, die Fortführung des Geschäfts durch ihn bedeutet darum regelmäßig keine Fortführung durch die Erbin im Sinne des § 27 HGB.; sie wird es nur dann, wenn er auf Grund ausdrücklich oder stillschweigend erteilter Vertretungsmacht fortführt. Genau so ist es zu beurteilen, wenn der Testamentsvollstrecker, Nachlaßpfleger, Nachlaßverwalter oder Nachlaßkonkursverwalter — auf deren bestrittene rechtliche Natur hier einzugehen, zu weit führen würde — das Geschäft fortführt. Sicher ist jedenfalls das eine, daß diese Personen ebensowenig gesetzliche Vertreter des Erben sind wie der Ehemann (Bolte S. 425, 449, 450; BGB. §§ 1960, 1985, 2203; KO. § 6). Tritt die Geschäftsfortführung durch Testamentsvollstrecker usw. zwischen die des Erblassers und des Erben, so wird dadurch genau wie im Falle der Fortführung durch einen Vorerben, einen für erbunwürdig erklärten oder weggefallenen Erben die Anwendbarkeit des § 27 HGB. bei später eintretender Geschäftsführung durch den definitiven Erben nicht ausgeschlossen. Aus der Tatsache allein, daß seiner Fortführung eine solche durch die genannten Personen vorangeht, wird die Kohärenz zwischen dem erblasserischen und dem fortgesetzten Betriebe nicht aufgehoben (Bolte S. 422).

Zweiter Teil.

Die Rechtswirkungen des § 27.

A. Im allgemeinen.

§ 5.

Der Begriff frühere Geschäftsverbindlichkeiten.

Unter den bisher behandelten allgemeinen Voraussetzungen greift die Haftung des Erben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten nach § 27 HGB. Platz. Vor Eintritt in die Erörterung dieser Haftungsvorschriften ist zunächst noch festzustellen, was man unter „früheren Geschäftsverbindlichkeiten" zu verstehen hat.

Wie schon die Bezeichnung „Geschäftsverbindlichkeiten" erkennen läßt, müssen diese Verbindlichkeiten im Geschäfte entstanden sein, und zwar ist Geschäft hier nicht in dem, wie oben erwähnt, auch möglichen weiteren Begriffe des Vermögensbegriffs, sondern im engern „Geschäftsbetrieb" aufzufassen, weil Voraussetzung für die Entstehung der Verbindlichkeiten einzig und allein die tatsächliche Seite ist (Bolte S. 442). Damit ist das Kriterium für den Begriff „Geschäftsverbindlichkeit" dahin zu bestimmen, daß die rechtserzeugende Tatsache, die die Verbindlichkeit zu einer Geschäftsverbindlichkeit macht, ein Vorgang ist, der sich zusammen mit andern zum Geschäftsbetriebe vereinigt. Demnach sind es alle die Verpflichtungen, die zum Geschäftsbetriebe in solcher inneren Beziehung stehen, daß sie als eine Folge desselben erscheinen (RG. v. 12. 1. 1886, SeuffArch. Bd. 41 S. 203; Bolte S. 416; Staub I S. 156 Anm. 29 zu § 22 HGB.). Um eine Folge des Geschäftsbetriebs zu sein, ist es dabei nicht nötig, daß

die Verbindlichkeit immer aus einem Handelsgeschäft entstanden ist, die Hypothek auf dem Geschäftsgrundstücke wäre ebensogut Geschäftsverbindlichkeit (Staub I S. 157), dagegen wäre nicht als solche aufzufassen die Verpflichtung aus dem Erwerbe des Handelsgeschäfts zur Entrichtung des Kaufpreises (Bolte S. 443). Es ergibt sich aus dieser Begriffsbestimmung, daß es gleichgültig ist, ob die Verbindlichkeit innerhalb des Geschäftsbetriebs auf Grund Vertrags oder durch gesetzliche Vorschrift zur Entstehung gelangt ist (Staub I S. 157). Denn nicht nur Kontrakts-, sondern auch Deliktsschulden sind Folgen des Betriebs, und zwar letztere deshalb, weil eben einem Geschäfte wie die Vorteile einer widerrechtlichen Handlung — soweit diese zu seinem gewinnreichen Betriebe unternommen wird — auch die Nachteile daraus zur Last fallen müssen (RG. v. 26. 6. 1883 in SeuffArch. Bd. 39 S. 121, 178; Staub I S. 157). So sind Geschäftsverbindlichkeiten auch die Verbindlichkeiten, die ihren Entstehungsgrund in der Haftung für die im Geschäftsbetriebe und zu dessen Rentabilität begangenen Delikte der Handlungsbevollmächtigten und Prokuristen sowie sonstiger Vertreter des Geschäftsinhabers haben (§§ 278, 831 BGB.), namentlich ist dies der Fall bezüglich der Schädensansprüche Dritter aus betrügerischen und unlauteren Manipulationen (Staub I S. 157; Bolte S. 442), beispielsweise sei nur hier erinnert an Schadenersatzansprüche aus Patentverletzung oder auf Grund der Bestimmung des Gesetzes zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs v. 1. 7. 1909, weiter an die Bußansprüche des Verletzten auf Grund der §§ 9—11 des Musterschutzgesetzes v. 1. 6. 1891 und der §§ 14 u. 18 des Warenzeichengesetzes v. 12. 5. 1894 sowie an die Strafen gemäß dieser Gesetze und gemäß der Gewerbeordnung.

Ganz gleichgültig ist einmal Zeit und Grund der Entstehung der Verbindlichkeiten, ob sie beispielsweise beim Tode des Erblassers bedingt, betagt oder aber aus noch nicht erfülltem zweiseitigen Vertrage herrühren, weiterhin ist auch gleichgültig der Gegenstand der Verbindlichkeit. Geschäftsverbindlichkeiten sind sowohl Geldschulden wie solche bestimmter oder fungibler Sachen, deren Leistung geschuldet wird. Insbesondere ist eine Geschäftsverbindlichkeit die namentlich in Patentsachen praktische — aber

auch im BGB. § 259 vorgesehene — Verpflichtung zur Rechnungslegung. Ausgenommen sind einzig und allein Leistungen, die ihren wirtschaftlichen Wert nur durch die Leistung einer **bestimmten** Person erhalten — die also in diesem Sinne höchstpersönliche Leistungen sind.

Damit ist zugleich der Gegensatz zur Geschäftsverbindlichkeit gefunden, und zwar ist das die persönliche Verbindlichkeit des Geschäftsinhabers, seine Privatschulden. Allerdings ist es im Einzelfalle nicht so einfach, die Grenzen zwischen beiden Arten von Verbindlichkeiten zu bestimmen. Ein allgemeines Merkmal läßt sich nicht aufstellen, und es ist daher vollkommen quaestio facti, was Privat- und was Geschäftsverbindlichkeit ist. Meist wird sich das Kriterium dafür nur durch die Verkehrsanschauung und weiter durch die Art der Buchung auf Geschäfts- oder Privatkonto gewinnen lassen; immerhin ist dies auch nicht durchschlagend, denn wenn auch der Vollkaufmann, mit dem wir es, wie weiter unten zu zeigen, bei unserer Untersuchung nur zu tun haben, nach den §§ 38, 39 ff. HGB. zur Führung von Büchern verpflichtet ist, so kann doch aus einer etwaigen versehentlichen Buchung eines Postens auf eins der beiden Konten eine Privat- nicht zu einer Geschäftsverbindlichkeit werden.

Eine Erleichterung schaffen für die Bestimmung der aus Rechtsgeschäften, aber auch *nur* aus solchen entstandenen Verbindlichkeiten die Vorschriften des § 344 HGB.: „Die von einem Kaufmanne vorgenommenen Rechtsgeschäfte gelten im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig. Die von einem Kaufmanne gezeichneten Schuldscheine gelten als im Betriebe seines Handelsgewerbes gezeichnet, sofern sich nicht aus der Urkunde das Gegenteil ergibt". Zunächst sei zu dem im § 344 im Gegensatze zu § 27 HGB. gebrauchten Begriffe „Handelsgewerbe" bemerkt, daß Handelsgewerbe der weitere Begriff ist, innerhalb des Handelsgewerbes kann der Kaufmann mehrere Handelsgeschäfte betreiben. Jedenfalls ist dieser Fall sehr selten, und es ist daher als Regel anzunehmen, daß sich Handelsgewerbe und Handelsgeschäft meist begrifflich decken. Sollte ein Erblasser in seinem Handelsgewerbe mehrere Handelsgeschäfte betrieben haben, so kommt die Haftung des Erben nach § 27 HGB. eben nur für das ihm zugefallene

und von ihm fortgeführte Handelsgeschäft sowie für die zu diesem gehörigen Schulden in Betracht.

Um auf § 344 HGB. wieder zurückzukommen, so ist zunächst auf den dogmatischen Unterschied der beiden Sätze hinzuweisen. Abs. 1 enthält eine Rechtsvermutung, Abs. 2 eine Fiktion. Auf die praktische Anwendung beider Sätze ist daraus aber kein Unterschied zu folgern, und es mangelt jeder Begründung, wenn Staub (S. 157) und Düringer-Hachenburg (S. 246) nur für die Anwendbarkeit des Abs. 1 auf die Vorschriften der §§ 25 u. 27 HGB. sich erklären. Beide Bestimmungen stellen im Interesse der Gläubiger Rechtsvermutungen auf, von denen die zweite, auf die Schuldscheine bezügliche, durch Ausschluß eines außerhalb der Urkunde gelegenen Gegenbeweises nur noch verschärft wird. Ein begrifflicher Unterschied zwischen ihnen existiert aber nicht, daher liegt kein Grund für die ausschließliche Anwendung des Abs. 1 vor (Stegemann S. 109; Bolte S. 441; Goldmann S. 105), beide Bestimmungen sind vielmehr innerlich ganz gleichartig.

Daß der Gesetzgeber an eine Anwendung des § 344 HGB. auf die Fälle der §§ 25 u. 27 HGB. nicht gedacht hat, unterliegt keinem Zweifel, denn § 344 ist aus dem alten Handelsgesetzbuch übernommen, in dem die §§ 25 u. 27 noch nicht vorhanden waren. § 344 enthält aber eine allgemeine Rechtsvorschrift; diese muß als solche Geltung haben für alle Fälle, die ihre Anwendung erfordern, ohne daß dabei auf die etwaigen Intentionen des Gesetzgebers zur Zeit ihres Erlasses Rücksicht zu nehmen wäre.

Maßgebend für die Auffassung der Geschäftsverbindlichkeit als „frühere" ist nicht die Zeit ihrer Entstehung. Sie braucht nicht zur Zeit, wo der Erblasser schon oder noch Geschäftsinhaber war, entstanden zu sein, auch auf den Erblasser übergegangene, unter einem früheren Geschäftsinhaber entstandene Geschäftsverbindlichkeiten sind frühere Geschäftsverbindlichkeiten in diesem Sinne. Ob sie beim Tode des Erblassers schon fällig oder noch bedingt oder betagt war, bleibt ebenfalls außer Betracht. Frühere Geschäftsverbindlichkeiten sind demnach solche, die begründet wurden, bevor die nach § 27 HGB. vorausgesetzte Fortführung durch den Erben begann. Das wird zwar regelmäßig durch den Erblasser geschehen sein, kann aber auch in der Zeit vom Erbfalle bis zum

Beginne der Fortführung durch den Erben infolge der provisorischen Fortführung seitens dazu berechtigter Dritter erfolgt sein, z. B. durch den Testamentsvollstrecker, Nachlaßverwalter, Konkursverwalter, Pfleger, Vorerben und ausschlagenden Erben (Bolte S. 444; Nelson Nr. 43).

Der in § 27 HGB. gebrauchte Terminus frühere Geschäftsverbindlichkeiten unterscheidet sich begrifflich nicht von dem in § 25 Abs. 1 HGB. gebrauchten „im Betriebe des Geschäfts begründete Verbindlichkeiten des früheren Inhabers"; sachlich bezeichnen beide Ausdrücke ganz dasselbe, es ist nur der sprachliche Unterschied vorhanden, daß § 27 HGB. die kürzere Ausdrucksweise wählt (Goldmann S. 130 II, 1; Stegemann S. 108; and. A. Nelson S. 43).

§ 6.

Der Grund der Rechtswirkungen.

Die Rechtswirkungen für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten, die § 27 HGB. für den Fall, daß ein zu einem Nachlasse gehörendes Handelsgeschäft von dem Erben fortgeführt wird, anordnet, beruhen auf entsprechender Anwendung des § 25 HGB. Damit ist gesagt, der dem § 25 zugrunde liegende allgemeine und hier zum Rechtssatze ausgestaltete gesetzgeberische Gedanke soll sich auch auf den allgemeinen Tatbestand des § 27 erstrecken unter den durch die Natur dieser Vorschrift nötigen Modifikationen. Aus dieser Bezugnahme ergibt sich, daß die Haftung für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten sowohl für den Erwerber unter Lebenden wie für den Erben von der Fortführung der Firma abhängig ist. Es fragt sich nun, ob daraus mit Notwendigkeit zu schließen ist, daß der Übergang der Passiven mit dem der Firma notwendigerweise verknüpft sei. Dieser Annahme stände zunächst — abgesehen von anderen Gründen — die Denkschr. z. HGB. S. 39 entgegen, die nicht allein in der Tatsache der Fortführung der Firma den Grund der Haftung des Erben erblickt, vielmehr einen weiteren darin findet, daß die Fortführung der Firma die präsumtive Absicht des Erwerbers erkennen lasse, in die Geschäftsbeziehungen

des früheren Inhabers einzutreten. Diese Stellungnahme der Denkschrift erklärt sich aus der historischen Entwicklung. Die kaufmännische Firma ist ja ihrem Begriffe nach, worauf hier wegen der Beschränktheit des Raumes leider nicht näher eingegangen werden kann, sehr bestritten. Die zurzeit herrschende Ansicht faßt sie als bloßen Namen auf, d. h. als Mittel zur Individualisierung einer Person in ihren kaufmännischen Beziehungen (Staub I S. 114 Anm. 1), und diese Auffassung ist auch durch das Handelsgesetzbuch sanktioniert; eine ältere Ansicht wieder meinte, sie diene zur Individualisierung eines bestimmten Handelsgewerbes. In Verfolgung letzterer Meinung war man nahe daran, sie als juristische Person zu konstruieren; trotzdem man dies wegen der Schwierigkeiten aufgeben mußte, hielt man doch daran fest, daß die Firma etwas Feststehendes sei, unabhängig vom Wechsel des jeweiligen Inhabers, und daß jeder Dritte nur mit der Firma, nicht mit dem Inhaber kontrahiere. Zum Beweise dieser Auffassung führte man die allgemeine Verkehrsanschauung an und konstruierte daher ein Handelsgewohnheitsrecht (RG. Bd. 55 S. 83 ff.), dem das Handelsgesetzbuch durch Aufnahme der Vorschrift der §§ 25 u. 27 Rechnung getragen hat. Ob es damit tatsächlich das Rechte getroffen, kann angesichts der positiven Vorschrift dieser Paragraphen dahingestellt bleiben und es mag nur erwähnt werden, daß sehr dagegen spricht die von Regelsberger (ZHR. Bd. 14 S. 20) zitierte Äußerung eines Praktikus:

„Es ist eine ganz irrige Vorstellung, als wenn in der Handelswelt nur auf die Firma gesehen werde, nicht auf den einzelnen, mit dem unter dieser Firma kontrahiert wird. Vielmehr weiß die ganze handelnde Welt recht gut, wer Teilhaber der Firma ist, auf wessen obligo sie geht und an wen man sich dieser wegen zu halten hat. Der kundige Kaufmann sieht deshalb nicht so sehr auf die Firma als solche denn auf die Solvenz des einzelnen. Darum pflegt die Veränderung durch Zirkular bekanntgemacht zu werden".

Für diese Ansicht und bedenklich gegen die vom deutschen Rechte angenommene spricht der Umstand, daß die meisten ausländischen Rechte, namentlich das französische, auf dem ganz ent-

gegengesetzten Standpunkte stehen (Stegemann S. 43), das französische Recht kennt überhaupt nicht die Möglichkeit der Übertragbarkeit der Firma. Diese Übertragbarkeit der Firma wäre doch aber die Voraussetzung für die Rechtspersönlichkeit derselben.

So viel zur Kritik der vom Gesetze sanktionierten Auffassung. Sie läßt sich aber aus dem in der Denkschrift gegebenen oben erwähnten weiteren Grunde vollkommen aufrechterhalten, wenn man mit Simon (Simon in ZHR. Bd. 24 S. 148) und Ehrenberg (ZHR. Bd. 28 S. 52) davon, den Begriff der Firma zu fixieren, absieht und in ihr wesentlich ein Interpretationsmittel, also nicht ein Mittel zur Erzeugung, sondern nur zur Verdeutlichung von Rechtsverhältnissen sieht. Denn dieses ist ihre wesentlichste Bedeutung, sie ist ein Mittel, um den mutmaßlichen Willen einer Person zu eruieren, ihr Gebrauch erübrigt die bei der Vornahme von Rechtsgeschäften sonst häufig notwendige Erklärung, daß eine Handlung in den Komplex eines bestimmten Handelsgewerbes falle, sobald das Rechtsgeschäft unter der Firma abgeschlossen ist (and. A. Düringer-Hachenburg S. 211 zu 2 a. E.), dies wird eben präsumiert.

Dieser Gesichtspunkt, den, wie gesagt, die Denkschrift vertritt, erklärt die Haftung des Erwerbers für die Passiva im Falle der Fortführung der Firma dem Grunde nach vollkommen. Nicht weil die Firma ein Rechtssubjekt ist, unabhängig vom Wechsel des Geschäftsinhabers, so daß der Erwerber des Geschäfts in dessen Rechtslage ipso iure eintritt, sondern weil die Fortführung der Firma vom Gesetze als mit der Vermögensübernahme verbundene Schuldübernahmeerklärung des Unternehmers den Geschäftsgläubigern gegenüber angesehen wird (Staub 6./7. Aufl. Anm. 9 zu § 25; and. A. Staub 9. Aufl. Bd. 1 S. 167: nur kumulative Haftungsübernahme), deshalb haftet der Erwerber. Nur infolge dieser an die Fortführung der Firma seitens des Gesetzgebers in den Fällen der §§ 25 u. 27 geknüpften Präsumtion der Schuldübernahme durch den Erwerber ist eine Haftung desselben möglich, denn rechtlich ist zweifellos nur derjenige, welcher zur Zeit der Entstehung des Rechtsverhältnisses Inhaber des Handelsgeschäfts ist, zugleich alleiniger Gläubiger

und alleiniger Schuldner daraus. Forderungen und Schulden können aber nur durch Rechtsgeschäft übertragen oder übernommen werden, also durch Willenserklärung. Genau wie der Satz der Denkschrift, daß der Passivenübergang im Falle der Fortführung der Firma sich gründe auf „die präsumtive Absicht des Erwerbers der Firma, in die Geschäftsbeziehungen des früheren Inhabers soweit als möglich einzutreten" sagt auch Bolte (ZHR. Bd. 51 S. 428): Der Gesetzgeber hat der Idee von der Rechtspersönlichkeit des Handelsgeschäfts nur für diejenigen Fälle Rechnung getragen, in denen sich ihre Konsequenzen zugleich auf die Grundlage eines Willensaktes der Beteiligten stellen lassen.

Damit haben wir das Resultat bekommen: Nicht die Fortführung der Firma an sich, sondern die daraus vom Gesetze präsumierte Haftungsabsicht — auf Grund der damit regelmäßig verbundenen Vermögensübernahme —, also ein Willensakt des Erwerbers verpflichtet ihn (Bolte S. 435ff.; Stegemann S. 106—108; and. A. Nelson S. 59ff.; Pisko S. 187).

B. Im Falle der Firmenfortführung.

§ 7.

Verhältnis der Haftung des § 27 HGB. zur erbrechtlichen des Bürgerlichen Gesetzbuches.

1. Natur der Haftung.

Die Firma repräsentiert, wie oben hervorgehoben, in den weitaus meisten Fällen einen auch vermögensrechtlich bedeutsamen Wert — wie daraus hervorgeht, daß sie im Falle entgeltlichen Erwerbs oft als Aktivum zuverlässigerweise in die Bilanz mit ihrem Werte eingestellt wird (RG. in JW. 1901 S. 653) —, wenn auch für dessen Bestimmung nicht allein materielle, sondern wesentlich auch ideelle Gesichtspunkte maßgebend sind. Aus diesem Grunde wird der Erbe in den weitaus häufigsten Fällen das Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma fortführen. Da er dabei die durch die Fortführung der Firma gewährten Vorteile

genießt (man denke an die Kundschaft, die Lieferanten, das Renommee der Firma), so ist es recht und billig, daß er auch die damit verbundenen Nachteile übernimmt; dazu wird sich natürlich aus freien Stücken kaum jemand bereit finden, und es hat deshalb der Gesetzgeber in Konsequenz dieser Erwägung an die Fortführung mit Firma die im vorigen Paragraphen behandelte Präsumtion der Schuldübernahme geknüpft. Diese gesetzgeberische Vermutung ist auch, wie Bolte (S. 431) ausführt, unter dem andern dort erwähnten Gesichtspunkte voll begründet. Der Erwerber, der das Geschäft unter dem alten, von seinem abweichenden Namen betreibt, erkennt seinerseits an, daß er dem Geschäfte als solchem eine (rechtlich allerdings nicht anerkannte, s. oben § 4) Sonderexistenz unabhängig von seinem Inhaber zuerkennen wolle, er ist mit der Behandlung des Geschäfts als selbständigen Rechtssubjekts einverstanden und muß es sich daher auch gefallen lassen, wenn diese Auffassung zu seinem Nachteile gegen ihn angewandt wird.

Die Vorschriften für die Haftung des Erben in diesem Falle der Fortführung des Geschäfts mit Firma bestimmt § 27 Abs. 1 HGB. durch Bezugnahme auf den § 25 HGB., der, soweit er hier zunächst in Betracht kommt, lautet:

§ 25 Abs. 1: Wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, haftet für alle im Betriebe des Geschäftes begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers.

Vor Eintritt in die Untersuchung über das Wesen der Haftung nach § 27 HGB. ist noch die Frage zu beantworten, ob für die Anwendung der §§ 25 u. 27 Vollkaufmannseigenschaft des Veräußerers bezw. Erblassers erforderlich ist. Diese Paragraphen stehen unter dem Abschnitte „Handelsfirma" und haben ein unter einer Firma betriebenes Handelsgeschäft zur Voraussetzung. Nach § 4 HGB. finden nun die Vorschriften über die Firma auf Handwerker und Personen, deren Geschäftsbetrieb über den Umfang des Kleingewerbes nicht hinausgeht, obwohl sie ihrem Gewerbe nach Mußkaufleute nach § 1 HGB. sind, keine Anwendung, sie sind Minderkaufleute. Minderkaufleute haben richtiger Ansicht

nach keine Firma, sondern nur einen Geschäftsnamen (Volte S. 432; Makower S. 57; Stegemann S. 106; Nelson S. 42). Möglicherweise kann allerdings ein Minderkaufmann auch eine Firma haben, nämlich in dem Falle der fälschlichen Eintragung einer solchen für ihn im Handelsregister (nach § 5 HGB.). Dann gilt er als Vollkaufmann und muß dies ebenso, wie er sich zu seinen Gunsten darauf berufen kann, auch zu seinem Nachteile gelten lassen. Wenn auch die Eintragung zu Unrecht erfolgt ist, so wird sein Erbe demnach auch als Vollkaufmann behandelt und haftet ohne Zweifel nach § 27 für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten, da ja bei ihm alle Voraussetzungen dieses Paragraphen vorliegen. Praktisch wird dieser Fall kaum werden, denn der Registerrichter wird regelmäßig die Neueintragung des Erben ablehnen und die erfolgte Eintragung auf Grund des § 7 HGB. löschen lassen (Düringer-Hachenburg S. 109; Nelson S. 41). Daß die Minderkaufleute keine Firma haben, ist der Grund, warum die §§ 25, 27 HGB. auf sie keine Anwendung finden können, denn wie oben ausgeführt, liegt den Rechtssätzen dieser Paragraphen der Gedanke zugrunde, der Idee von der Selbständigkeit des Handelsgeschäfts praktische Geltung zu verschaffen (RG. Bd. 55 S. 83 ff.). Diese Geltung kann sich aber nach den obigen Ausführungen gemäß § 4 HGB. nur auf die Betriebe der Vollkaufleute beschränken, so daß eine Ausdehnung auch auf Minderkaufleute, wie sie außer Goldmann (S. 102) auch die Praxis insbesondere der sächsischen Amts- und Landgerichte beliebt, nicht dem Sinne des Gesetzes entsprechen dürfte (Staub S. 178 Anm. 2; RG. Bd. 55 S. 85; RG. in WarneyersJ. 1906 S. 214).

Aus der Anwendung des § 25 Abs. 1 auf den Fall des Erbganges ergibt sich also zunächst der Rechtssatz: Führt der Erbe das zum Nachlasse gehörende Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma fort, dann haftet er für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten. Diese Haftung wird nach § 27 Abs. 2 als unbeschränkte bezeichnet.

An und für sich ist der Erbe, wie oben gelegentlich der Bestimmung des Begriffs Handelsgeschäft erwähnt, schon kraft Erbrechts Gläubiger der Geschäftsforderungen und Schuldner der Ge-

schäftsschulden (BGB. §§ 1927, 1967). Diese erbrechtliche Haftung hat für den Erben den Vorteil ihrer Beschränkbarkeit (Strohal Bd. 2 S. 406—414; and. A. Planck 2. Aufl. Bd. 5 S. 83 ff.), sie ist also für die Gläubiger erheblich entwertet, so daß diese jetzt schlechter gestellt sind als zu Lebzeiten des Erblassers, denn dieser haftete außer mit dem Geschäfte auch mit seinem Privatvermögen, während der Erbe des Geschäfts die Möglichkeit hat, den Zugriff der Gläubiger auf seinen Erbteil zu beschränken. Nun wird die Haftung in unserem Falle in § 27 Abs. 2 als „unbeschränkte Haftung" bezeichnet, es erhebt sich damit die Frage, ob dabei an die unbeschränkte Haftung des Erbrechts zu denken ist.

Wäre dies der Fall, so würde die Haftung nicht aus der Fortführung der Firma folgen, sondern aus der Tatsache des Erwerbes der Erbschaft. § 27 Abs. 2 HGB. gibt dem Erben des Geschäfts, der dieses mit Firma fortgeführt hat, die Möglichkeit, den Geschäftsbetrieb innerhalb 3 Monaten einzustellen und damit den Eintritt dieser unbeschränkten Haftung zu vereiteln. Diese Einstellung des Geschäftsbetriebes hat keine Beziehung zu den Maßregeln, durch die im Erbrechte der Erbe die Verwandlung seiner beschränkbaren in eine unbeschränkte Haftung ganz und gar ausschließen kann (Antrag auf Anordnung der Nachlaßverwaltung, des Nachlaßkonkurses), und ist weiter eine vom Erbschaftserwerbe unstreitig vollkommen unabhängige Tatsache. Daß durch eine solche die unbeschränkte Haftung des Erben verhindert wird, ergibt deutlich, daß die Haftung des § 27 HGB. nicht mit der unbeschränkten Haftung des Erben nach Erbrecht identisch ist. Dies folgt weiter aber auch aus dem Grunde ihres Entstehens, denn sie wird ins Leben gerufen nur durch die Tatsache der Fortführung des Geschäfts mit der Firma — abgesehen von dem besonderen Verpflichtungsgrunde des § 25 Abs. 3 HGB. —, und zwar einzig und allein deshalb, weil der Gesetzgeber eben hieran — wie § 6 ausgeführt — die Präsumtion einer Schuldübernahmeerklärung seitens des Erben knüpft. Daraus erhellt, daß die Bestimmung des § 27 HGB. lediglich eine Anwendung des in § 25 HGB. ausgedrückten Prinzips auf den Sonderfall des Erbfalls ist. Wesentlich für diese Auffassung spricht namentlich der Umstand, daß die Haftung des § 27 eben im Handelsrechte und

nicht im Erbrechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs behandelt wird, und daß sich der § 27 seinem Wortlaute nach vollkommen als Ableger des § 25 HGB. zu erkennen gibt. Obwohl nach dem Wortlaute von § 27 HGB. nicht zu leugnen ist, daß das Gesetz den Eintritt der Haftung einzig und allein von der Fortführung des Geschäfts mit Firma — also von einer Tatsache handelsrechtlicher, nicht erbrechtlicher Natur — abhängig macht, sehen Düringer-Hachenburg (S. 267 Anm. 4bb), Goldmann (S. 131), Schulteß (S. 37), Nelson (S. 63) in § 27 HGB. nur eine Modifikation der erbrechtlichen beschränkbaren Haftung des Bürgerlichen Gesetzbuchs dahin, daß diese außer in den vom Bürgerlichen Gesetzbuch aufgeführten Fällen namentlich auch im Falle der Fortführung eines Handelsgeschäfts durch den Erben unter der früheren Firma zu einer unbeschränkbaren wird. Nach ihrer Ansicht ist § 27 eine mit § 25 HGB. in keinem inneren Zusammenhange stehende Sonderbestimmung erbrechtlichen Inhalts. Diese Ansicht dürfte durch die oben angeführten Argumente hinreichend widerlegt und damit bewiesen sein, daß die Haftung des § 27 keine Modifikation der erbrechtlichen Haftung des Bürgerlichen Gesetzbuchs, sondern eine selbständige, handelsrechtlicher Natur ist (Staub 9. Aufl. S. 179 Anm. 8 u. 11, S. 180 Anm. 14). Deshalb soll sie im folgenden im Gegensatze zur erbrechtlichen Haftung auch als „direkte" Haftung (Bolte in ZHR. Bd. 51 S. 437) bezeichnet werden.

Für den Erben eines Handelsgeschäfts können die direkte und die erbrechtliche Haftung nebeneinander bestehen, doch kann möglicherweise auch die erbrechtliche Haftung abgezweigt werden, und zwar geschieht dies für den Fall, daß der Erbe seine erbrechtliche, beschränkbare Haftung zu einer beschränkten macht. Die Mittel, durch die er das nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch erreichen kann, sind Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs. Für diesen Fall richtet sich die erbrechtliche Haftung gegen den Nachlaßverwalter oder -konkursverwalter, während die direkte Haftung, wenn sie schon eingetreten ist, nach § 27 für den Erben bestehen bleibt. Andererseits hat der Erbe gemäß § 27 Abs. 2 aber auch die Möglichkeit, durch Einstellung des Geschäftsbetriebs den Eintritt der direkten Haftung zu verhindern, so daß nur noch die erbrechtliche

bestehen bleibt. Inwiefern diese dann als beschränkbare oder unbeschränkte besteht, ist hier nicht näher zu untersuchen, weil wir es in unserem Falle — wie gesagt — nicht mit einer Modifikation der erbrechtlichen, sondern mit einer handelsrechtlichen Sonderhaftung zu tun haben. Je nachdem der Gläubiger den Erben aus der erbrechtlichen oder aus der direkten Haftung in Anspruch zu nehmen gedenkt, muß er die entsprechende Handlung — z. B. Kündigung, Mahnung, Leistung usw. — dem Träger der betreffenden Haftung gegenüber vornehmen. Ist erbrechtliche und direkte Haftung in der Person des Erben vereint, so ist die Handlung einfach diesem gegenüber vorzunehmen, anders ist es bei ihrer Trennung. Soll dann die Handlung die direkte Haftung treffen, so muß er sie dem Erben gegenüber vornehmen, soll sie die erbrechtliche treffen, so muß er sie in dem Falle der Trennung der beiden Haftungen durch Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs dem Konkursverwalter oder Nachlaßverwalter und nur diesen gegenüber, will er aber zugleich den Erben aus der direkten Haftung in Anspruch nehmen, so muß er die Handlung sowohl den obengenannten Personen gegenüber wie dem Erben gegenüber vornehmen (Bolte a. a. O., Stegemann).

2. Die Einstellungsfrist des § 27 Abs. 2 HGB.

Führt der Erbe das Geschäft mit der alten Firma fort, so folgert der § 27 aus diesem Tatbestande die Rechtswirkungen der direkten Haftung nicht unbedingt. Er gibt vielmehr dem Erben in seinem zweiten Absatze noch die Möglichkeit, auch bei Beibehaltung der bisherigen Firma die direkte Haftung nach Handelsrecht abzuwenden, ganz abgesehen davon, daß es ja dem Erben zugleich auch freisteht, die Beschränkung der erbrechtlichen Haftung nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs herbeizuführen. Der Eintritt der direkten Haftung wird nach dem Wortlaute des § 27 Abs. 2 HGB. davon abhängig gemacht, daß nicht binnen bestimmter Frist die Einstellung der Fortführung des Geschäfts mit Firma eintritt. Erfolgt diese Einstellung, so tritt direkte Haftung nicht ein. Bei dieser Frist handelt es sich weder um eine aufschiebende noch auflösende Bedingung (and. M.

Makower S. 63; Pinner S. 107), vielmehr bedeutet die Bestimmung des Abs. 2, daß während der Deliberationsfrist überhaupt noch keine direkte Haftung begründet ist (Düringer-Hachenburg I S. 125 VII; Bolte S. 446/47; Stegemann S. 111). Durch § 27 Abs. 2 wird die in § 25 Abs. 1 HGB. festgestellte Haftung für die Erben wesentlich gemildert. § 27 Abs. 2 ergänzt die Bestimmung des § 25, indem er den Erben eine Frist analog der Ausschlagungsfrist des Bürgerlichen Gesetzbuchs gewährt, innerhalb der es den Erben freisteht, die Fortführung des Geschäfts mit Firma einzustellen und damit den Eintritt der strengen handelsrechtlichen direkten Haftung zu verhüten. Diese Überlegungsfrist gibt das Gesetz dem Erben zu dem Zwecke, daß er sich über den Stand des Geschäfts in dieser Beziehung orientieren kann. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkte, mit dem der Erbe vom Anfalle der Erbschaft Kenntnis erlangt. Im Gegensatz zum Bürgerlichen Gesetzbuch, das für den Beginn des Laufs der regelmäßig sechswöchigen Ausschlagungsfrist im § 1944 Kenntnis vom Anfalle der Erbschaft und vom Grunde der Berufung vorsieht, ist letzterer im Falle des § 27 Abs. 2 HGB. unbeachtlich. Ebenso bleibt auch für den Beginn des Laufs der Dreimonatsfrist der Zeitpunkt des Beginns der Fortführung durch den Erben außer Betracht. Die Deliberationsfrist läuft 3 Monate und endet gemäß der §§ 187 Abs. 1 und 188 Abs. 1 BGB. mit dem Ablaufe des Tages des dritten Monats, der in seiner Zahl dem Tage entspricht, an dem die Frist begann. Ist zu diesem Zeitpunkte die Ausschlagungsfrist, innerhalb der der Erbe durch Erbschaftsausschlagung überhaupt den Eintritt jeder Haftung verhindern kann, noch nicht verstrichen, dann endet die Dreimonatsfrist erst mit dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist. Um diese Bestimmung zu verstehen, ist zwischen der Beseitigung der Folgen der Geschäftsführung mit Firma durch Einstellung des Betriebs innerhalb der Dreimonatsfrist und der Ausschlagung der ganzen Erbschaft scharf zu trennen. Letztere schließt ja jede Haftung des Erben für Nachlaßverbindlichkeiten aus und ist zulässig, solange die Ausschlagungsfrist des § 1944 BGB. noch nicht verstrichen oder die Erbschaft noch nicht ausdrücklich oder stillschweigend angenommen ist. Da nun in der Fortsetzung eines zum Nachlasse

gehörigen Geschäfts an sich noch keine Annahme der Erbschaft liegt, so kann die Ausschlagung immer noch erfolgen, wenn die Frist des § 27 Abs. 2 HGB. für die Einstellung schon abgelaufen ist. Praktisch könnte dies einmal werden im Falle des Laufs einer sechsmonatigen Ausschlagungsfrist gemäß § 1944 Abs. 3 HGB., anderseits aber auch dann, wenn der Erbe zwar weiß, daß er Erbe ist, und deshalb das Geschäft fortführt, aber nicht weiß, ob er kraft Gesetzes oder auf Grund einer Verfügung von Todes wegen Erbe ist, denn die Kenntnis des Grundes der Berufung und im Falle einer Verfügung von Todes wegen der Zeitpunkt deren Verkündung sind für den Beginn des Laufs der Ausschlagungsfrist maßgebend. Weiter wäre noch denkbar nach § 2306 BGB. der Fall, daß der als Erbe berufene Pflichtteilserbe erst lange nach dem Anfalle der Erbschaft an ihn von der seinen Pflichtteil verletzenden Beschränkung und Beschwerung der Erbschaft erfährt. Während in diesen Fällen der Ablauf der Überlegungsfrist hinausgeschoben wird, geschieht dies mit ihrem Beginne im Falle des § 206, dessen Anwendung § 27 Abs. 2 ja vorsieht. Wenn ein geschäftsunfähiger oder beschränkt geschäftsfähiger Erbe zur Zeit des Erbfalls oder aber innerhalb des Laufs der Frist des § 27 Abs. 2 HGB. ohne gesetzlichen Vertreter ist, dann beginnt die Überlegungsfrist erst, wenn der Erbe entweder unbeschränkt geschäftsfähig geworden ist oder einen gesetzlichen Vertreter erhalten hat. Ist der Erbe aber prozeßfähig, so findet gemäß § 206 Abs. 2 diese Hinausschiebung des Beginns der Überlegungsfrist nicht statt, es bleibt dann die Kenntnis vom Anfalle der Erbschaft maßgebend. Im Falle, daß der Erbe im Zeitpunkte der Kenntnis vom Erschaftsanfalle geschäftsfähig ist, aber während des Fristlaufs geschäftsunfähig oder beschränkt geschäftsfähig wird, endigt die Frist erst 3 Monate nach Bestellung des gesetzlichen Vertreters oder nach Wiedererlangung der Geschäftsfähigkeit (Volte S. 452 Anm. 2). Gemeinsam ist allen diesen Sonderfällen, daß sie nur auf den Lauf, nicht auf die Dauer der Dreimonatsfrist Einfluß haben. In der Fortführung des Handelsgeschäfts innerhalb der Dreimonatsfrist liegt, wie oben erwähnt, noch keine Annahme der Erbschaft seitens des Erben (Stegemann S. 120; Goldmann S. 135 I; Düringer-Hachenburg S. 273 XIII),

es sei denn, daß er diese schon in anderer Weise zu erkennen gegeben hat; ebensowenig liegt sie in der auf seine Veranlassung erfolgten Eintragung des Übergangs des Geschäfts ins Handelsregister unter dem Vermerke der beabsichtigten einstweiligen Fortführung desselben. Mit Ablauf der Dreimonatsfrist kann der Erbe die Erbschaft nicht mehr ausschlagen, da sich, wie oben ausgeführt, deren Lauf ja ganz nach dem der Ausschlagungsfrist richtet.

Wie ist nun die Rechtslage während des Laufs der Frist? Sicher ist, daß der Erbe solange für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten aus der direkten Haftung mit seinem Vermögen nicht in Anspruch genommen werden kann. Wird er aus der erbrechtlichen Haftung dafür in Anspruch genommen, so kann er, sobald er noch nicht unbeschränkt haftet, die Tatsache der Beschränkbarkeit seiner Haftung auf den Nachlaß einwenden und diese event. für den Fall ihm drohender Zwangsvollstreckung nach § 780 ZPO. in das gegen ihn ergehende Urteil aufnehmen lassen und dann nach § 781 ZPO. bei der Vollstreckung die Beschränkung seiner Haftung geltend machen. Weiter steht ihm noch die Möglichkeit des Antrags auf Anordnung der Nachlaßverwaltung und des Nachlaßkonkurses zu.

Alle Rechtshandlungen, die der Erbe während dieser Frist vornimmt, sind nach allgemeinen Grundsätzen zu beurteilen (Staub S. 184). Es ist zu unterscheiden:

a) Beim Ausschlagen innerhalb der Ausschlagungsfrist gilt der Anfall als nicht erfolgt, trotzdem sind die Verfügungen des Ausschlagenden gültig, soweit sie nicht ohne Nachteil für den Nachlaß verschoben werden können, und zwar ergibt sich das aus § 1959 Abs. 2 BGB., zugleich träte für Dritte auch der Schutz des guten Glaubens (§§ 932, 892 BGB., § 366 HGB.) ein. Ebenso bleibt gemäß § 1959 Abs. 3 BGB. ein Rechtsgeschäft, das gegenüber dem Erben als solchen vorgenommen werden muß, wenn es vor der Ausschlagung dem Ausschlagenden gegenüber vorgenommen ist, gültig.

Sobald der ausschlagende Erbe die ihm gemäß § 1959 Abs. 2 BGB. eingeräumte Vertretungsmacht überschreitet, haftet er allerdings persönlich mit seinem ganzen Vermögen.

Staub (S. 184 Art. 28 zu § 27) will dem Erben auf Grund des Abs. 2 des § 27 eine allgemeine Ermächtigung zur ordnungsmäßigen Führung des Geschäfts eingeräumt wissen. Dazu dürfte indessen angesichts der Bestimmung des § 1959 BGB. kein Anlaß vorliegen, da diese Bestimmung dem Erben eine für die Geschäftsfortführung völlig ausreichende Vertretungsmacht gewährt (Goldmann, Festschrift S. 133).

Das Verhältnis zwischen dem ausschlagenden und dem definitiven Erben bestimmt sich nach den Vorschriften über die auftragslose Geschäftsführung, dementsprechend hat jener an diesem nach seiner Ausschlagung ein Rückgriffsrecht wie der Geschäftsführer gegenüber dem Geschäftsherrn (Staub S. 184 Anm. 28 zu § 27).

b) Nimmt nun der fortführende Erbe an, so haftet er für die neuen, innerhalb der Dreimonatsfrist von ihm eingegangenen Geschäftsverbindlichkeiten, auch wenn er den Geschäftsbetrieb rechtzeitig einstellt, den Kontrahenten mit seinem ganzen Vermögen unbeschränkt (Staub S. 184 Anm. 28). Diese Verbindlichkeiten sind ja keine „früheren" Geschäftsverbindlichkeiten. Er kann sich auch, wenn er definitiver Erbe wird, nicht darauf berufen, daß er zur Zeit des Abschusses dieser Geschäfte noch nicht Erbe war. Wird er nicht Erbe — wegen Ausschlagung, Erbunwürdigkeitserklärung usw. —, so ist er bezüglich der Zwischenzeit dem Erben gegenüber gemäß § 1959 BGB. berechtigt und verpflichtet, seinen Gegenkontrahenten gegenüber haftet er aber (Staub S. 185) unbedingt persönlich, während der nachträglich annehmende Erbe diesen für die in der Zwischenzeit entstandenen Verbindlichkeiten nicht persönlich haftet, da den Verbindlichkeiten eben der Charakter als „frühere Geschäftsverbindlichkeiten" abgeht, sondern nur nach Erbrecht mit der Möglichkeit der Haftungsbeschränkung, es sei denn, daß er die Übernahme der Passiven gemäß § 25 HGB. handelsüblich bekanntgemacht hat, dann trifft ihn natürlich auch die persönliche Haftung mit seinem ganzen Vermögen (Staub S. 184 Anm. 28 zu § 27).

§ 8.

Ausschluß der Haftung nach § 27 Abs. 1 durch Einstellung.

Die Ausnahme des Nichteintritts der Haftung im Falle des § 27 Abs. 2 ist davon abhängig, daß die Fortführung des Geschäfts eingestellt wird. Was zur Einstellung nötig ist, ist sehr bestritten. Staub (S. 182/83 oben Anm. 22 u. 23), Cosack (S. 73 I, 2), Schulteß (S. 30) und mit ihnen die Reichsgerichtspraxis fordern vollständige Einstellung des Geschäftsbetriebs und Auflösung des Organismus. Das ist ohne Zweifel praktisch, ob aber theoretisch richtig, ist eine andere Frage. Es ist zunächst einzuwenden, daß ja die direkte Haftung vom Gesetzgeber auf die Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma gestellt ist. Nicht in der Fortführung des Geschäfts schlechthin, sondern eben in der Fortführung unter der bisherigen Firma erblickt das Gesetz die Schuldübernahmeerklärung des Erben (Bolte S. 447 ff.). Logischerweise kann also das die direkte Haftung beseitigende Ereignis nur die Einstellung der Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma sein, nicht aber die Einstellung der Fortführung schlechthin. Der Wortlaut des § 27 Abs. 2: „wenn die Fortführung des Geschäfts ... eingestellt wird" ist also dem Sinne der in Bezug genommenen Haftungsvorschrift des § 25 HGB. entsprechend dahin zu interpretieren: „wenn die Fortführung des Geschäfts unter der bisherigen Firma eingestellt wird" (Bolte S. 447; Stegemann S. 111/12; Düringer-Hachenburg S. 126, and. A. 2. Aufl.). Ob der Erbe das Geschäft überhaupt weiterführt, ist doch — wie oben gesehen — dem Gesetze gleichgültig, es zieht nur in Betracht, ob er es unter der alten Firma fortführt. Damit kommt man mit Düringer-Hachenburg (1. Aufl.), Bolte, Stegemann, Goldmann zu dem Resultate, daß die Einstellung der Fortführung der bisherigen Firma zur Erfüllung des Erfordernisses der Einstellung nach § 27 Abs. 2 HGB. genügt. Dieses Resultat ist entgegen der von Staub und Schulteß vertretenen Meinung auch praktisch viel befriedigender. Denn wenn diese den Erben zwingen wollen, den ganzen Geschäftsbetrieb zur Vermeidung der direkten Haftung einzustellen,

so ist dieser doch gezwungen, das unter Umständen vielleicht wertvollste Stück des Nachlasses zu vernichten und damit die Befriedigung der Gläubiger erst recht in Frage zu stellen (Bolte S. 447 ff.; Stegemann S. 111/12; Pinner S. 107 ff.; Nelson S. 74). Wie steht es nun mit der Fortführung im Falle der Veräußerung mit Firma? In diesem Falle finden auf das Rechtsverhältnis zwischen dem Erben und dem Erwerber sowie zwischen diesem und den Geschäftsgläubigern die Vorschriften des § 25 HGB. Anwendung. Es besteht demnach in dem Falle, daß zwischen Erben und Erwerber die Übernahme der Passiven nicht ausgeschlossen ist, ein Gesamtschuldverhältnis des Erben und des Erwerbers gegenüber den Gläubigern, denn die Haftung nach § 25 HGB. ist ihrem Charakter nach kumulative Schuldübernahme und nicht privative im Sinne der §§ 414 ff. BGB. (so Staub 6./7. Aufl. S. 146 Anm. 9 zu § 25; Dernburg II §§ 156 ff.; Düringer-Hachenburg Anm. 20 zu § 25; and. A. Staub 9. Aufl. S. 167 Anm. 9 zu § 25). Der Erbe haftet den Gläubigern als Veräußerer, und zwar in seiner Eigenschaft als Erbe, da er auf jeden Fall durch die Verfügung über das Geschäft die Erbschaft angenommen hat, zum mindesten beschränkt auf den Nachlaß, während für den Geschäftserwerber bei Fortführung der bisherigen Firma die direkte Haftung des § 25 — sofern sie nicht gemäß § 25 Abs. 2 ausgeschlossen ist — eintritt (ebenso Nelson S. 76). Auch im Falle der Veräußerung ständen die Gläubiger deshalb an und für sich nicht schlechter wie zu Lebzeiten des Erblassers, denn sie hätten die Wahl, den Erben mit dem Nachlasse oder den Inhaber mit dem Geschäfte in Anspruch zu nehmen. Anders ist dies nun freilich, falls bei der Veräußerung der Passivenübergang auf den Erwerber ausgeschlossen worden ist, dann würde das Geschäft dem Zugriffe der Gläubiger entzogen sein und sie hätten — im Falle der Beschränkbarkeit der Haftung des Erben — nur den Nachlaß zu ihrer Befriedigung, zu dem dann allerdings als Surrogat für das Geschäft die Kaufsumme hinzugekommen wäre. In diesem Falle sind die Gläubiger zweifellos schlechter gestellt, als wenn der Erbe das Geschäft fortführt. Auch dieser Grund wird uns veranlassen, der von Bolte (S. 447 ff.), Stegemann (S. 111/12), Nelson (S. 76) vertretenen Ansicht, daß die Veräußerung oder

Verpachtung des Geschäfts keine Fortführung desselben enthalte, nicht beizutreten. Es liegt dann eben weder eine Einstellung noch eine Fortführung des Geschäftsbetriebes vor (so Staub 9. Aufl. S. 183 Anm. 24). Ersteres deshalb nicht, weil sich der Erbe mit der Veräußerung oder Verpachtung der Verfügung über das Geschäft entäußert und damit zugleich auf die Möglichkeit der Einstellung des Betriebes ein für allemal verzichtet (JW. 1904 S. 99, 29; RG. Bd. 56 S. 199; Staub S. 183 Anm. 24; and. A. Bolte, Stegemann, Nelson). Außer diesem Grunde sprechen aber auch folgende Erwägungen für diese Ansicht. Der Erbe bekommt im Falle der Veräußerung des Geschäfts mit Firma eine höhere Kaufsumme (wie oben ausgeführt, erscheint ja die Firma mit einem besonderen Posten in der Bilanz) als im Falle der Veräußerung ohne Firma, er hat also aus ersterer erhebliche Vorteile, die sich indirekt als Vorteile des Weiterbetriebs des Geschäfts mit Firma darstellen, deshalb liegt auch kein Grund vor, ihn vor den Nachteilen daraus zu bewahren. Zudem erweckt die Fortführung des Geschäfts mit Firma durch den Käufer oder Pächter nach außen hin denselben Eindruck, als ob es der Erbe selbst fortführe. Es spricht für unsere Auffassung daher auch die Rücksicht auf Treu und Glauben. Voraussetzung für den Eintritt der Haftung nach § 27 ist allerdings, daß vor der Veräußerung eine Fortführung durch den Erben selbst in Frage kommt. Haftet der Erbe infolge der Veräußerung, wie oben ausgeführt, nach § 27 HGB., so ist diese Haftung doch insofern nicht unbegrenzt, als er die Verjährung des § 26 HGB. für sich in Anspruch nehmen kann.

Die Einstellung der Fortführung enthält — wie bereits erwähnt — keine Ausschlagung der Erbschaft (Staub S. 182 Anm. 22). Das hinterlassene Geschäft bleibt trotzdem Bestandteil des Nachlasses, die Konsequenz der rechtzeitigen Einstellung ist die Beschränkbarkeit der Haftung des Erben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten nach den erbrechtlichen Bestimmungen des BGB. Hat der Erbe zwar die Fortführung begonnen, ist dann aber Nachlaßkonkurs oder Verwaltung verhängt, so bedarf es auch keiner Einstellung des Geschäftsbetriebs, denn dann entfällt ja, obwohl sein Recht am Geschäfte bestehen bleibt, das Erfordernis

der Fortführung durch den Erben und damit ein wesentliches Tatbestandsmerkmal des § 27 Abs. 1 HGB. Auch in diesen Fällen bewendet es daher bei der Haftung des Erben nach Erbrecht.

§ 9.

Die Anwendbarkeit des § 25 Abs. 2 HGB.

§ 27 Abs. 1 HGB. beruft sich zur Feststellung der Haftung des Erben im Falle der Fortführung des Handelsgeschäfts mit Firma auf den § 25 HGB. schlechthin. Daraus ist ersichtlich, daß dem Wortlaute des § 27 HGB. gemäß auch die Vorschrift des § 25 Abs. 2 HGB. entsprechende Anwendung zu finden hat. Ob und inwieweit dies möglich ist, ist sehr bestritten (Bolte S. 458 ff.; Stegemann S. 117—119; Nelson S. 77).

§ 25 Abs. 2 HGB. lautet: „Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgeteilt worden ist".

Eine solche Vereinbarung wird in den unter die Vorschrift des § 27 fallenden Fällen naturgemäß sehr selten vorkommen. Als möglichen Fall könnte man sich denken, daß durch Vereinbarung zwischen dem Erben und dem Erblasser — also durch Erbvertrag — bestimmt ist, daß der Erbe trotz der Fortführung des Geschäfts mit Firma die direkte Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten nicht übernehmen solle. Dieser Vereinbarung stände es auch gleich, wenn der Erblasser im Testamente einseitig etwas Derartiges bestimmt hätte und der Erbe die so bedingte Erbschaft angenommen hat (Düringer-Hachenburg S. 269 III Anm. 6; Bolte S. 464; Staub S. 180 ff.; and. A. Goldmann S. 131; Lehmann-Ring S. 100). Diese Fälle sind aber, wie gesagt, sehr selten, und man wird demnach regelmäßig nicht mit einer Vereinbarung nach dem Wortlaute des § 25 Abs. 2 HGB. zu rechnen haben. Damit ergibt sich schon, daß man dann, wenn man am strikten Wortlaute hängt, eine analoge Anwendung des § 25 Abs. 2 HGB. auf § 27 HGB. verneinen muß. Diese Ansicht findet sich außer bei Lehmann-

Ring a. a. O., Goldmann a. a. O. auch bei Schultes S. 32 und Nelson S. 77. Ihre Anhänger führen außer dem angegebenen Wortlaut des § 25 Abs. 2 noch zum Beweise an, daß auch aus dem Texte des § 27 Abs. 2 auf Nichtanwendung des § 25 Abs. 2 zu schließen sei. Dort heiße es: „Die unbeschränkte Haftung nach § 25 Abs. 1 trete nicht ein". § 27 Abs. 2 mache also eine Ausnahme von § 25 Abs. 1, ohne der nach § 25 Abs. 2 ebensogut möglichen zu gedenken. Demgegenüber ist geltend zu machen, daß eben nur § 25 Abs. 1 die direkte Haftung statuiert, während § 25 Abs. 2 vielmehr dem Erben die Mittel zum Ausschlusse derselben gewährt. § 25 Abs. 2 konnte also in § 27 Abs. 2 gar nicht mit zitiert werden, da er keine Vorschrift für die direkte Haftung ist. Weiter machen die Vertreter dieser Ansicht geltend, daraus, daß § 27 Abs. 2 zum Ausschluß der direkten Haftung nach § 27 Abs. 1 im Falle der Fortführung des Geschäfts mit Firma eine besondere Bestimmung treffe, sei zu schließen, daß § 27 Abs. 2 in diesem Falle der einzige Weg zur Vermeidung des Eintritts der direkten Haftung nach § 27 Abs. 1 sei, es sei also nicht im Sinne des Gesetzes auch die Bestimmung des § 25 Abs. 2 zur Anwendung zu bringen (Schulteß S. 34; Nelson S. 81). Dieser Grund ist insofern nicht stichhaltig, als nach § 27 Abs. 2 Einstellung des Geschäftsbetriebs oder zum mindesten, wie oben angeführt, Aufgabe der Firma verlangt wird. § 25 Abs. 2 verlangt dies aber nicht, sondern gibt die Möglichkeit der Fortführung des Geschäfts mit Firma, er ist also dem Erben weit günstiger als § 27 Abs. 2. Es ist nun absolut nicht einzusehen, warum es im Sinne des Gesetzes liegen sollte, den Erben schlechter zu stellen als den Erwerber unter Lebenden, zumal in diesem Falle die Gläubiger nicht schlechter gestellt wären, als im gleichen Falle des Erwerbs unter Lebenden. Vereinbaren bei dem Geschäftsübergang unter Lebenden Veräußerer und Erwerber Nichtübernahme der Passiven, so haben die Gläubiger auch nur das — vielleicht ebensowenig zureichende — Vermögen des Veräußerers zum Zugriffe, im Falle des Geschäftsübergunges an den Erben haben sie im gleichen Falle den Nachlaß zur Verfügung, also regelmäßig das ganze Vermögen des Erblassers.

Es ist ja richtig, daß der Terminus „Vereinbarung" einer

analogen Anwendung des § 25 Abs. 2 auf die Regelfälle des § 27 Schwierigkeiten macht, das kann aber nicht in Verbindung mit den eben erwähnten Gründen von der Richtigkeit der Verwerfung der analogen Anwendung überzeugen, die wichtigsten Bedenken dagegen wird einem die Verwandtschaft der Vorschriften des § 25 und des § 27 einflößen.

Wie oben ausgeführt, ist Grundlage der Haftung sowohl im Sinne des § 25 wie des § 27 die vom Gesetze an die Fortführung des Geschäfts mit Firma geknüpfte Präsumtion der Schuldübernahme seitens des Fortführenden. Diese praesumptio juris ist als solche jederzeit widerleglich. Die Widerlegung findet im Falle des § 25 HGB. dadurch statt, daß gemäß § 25 Abs. 2 der Übernehmer und Veräußerer vereinbaren, die Passiven nicht zu übernehmen, und diese Vereinbarung bekanntgeben. In den Fällen des § 27 HGB. ist eine derartige Vereinbarung der Natur der Sache nach ausgeschlossen, es widerspräche aber dem Willen des Gesetzes, wenn man dem Erben deshalb die Möglichkeit, die rechtliche Präsumtion zu entkräften, nehmen wollte, denn es wäre vollkommen die Gleichartigkeit der Haftung in den §§ 25 u. 27 HGB. verkannt. Daran ändert auch die Vorschrift des § 27 Abs. 2 nichts, denn sie verlangt vom Erben die Einstellung des Geschäftsbetriebs oder wenigstens der Firmenfortführung, also mehr als § 25 HGB. vom Übernehmer unter Lebenden zur Entkräftung der Schuldübernahmepräsumtion fordert. Aus diesen Gründen ist die Vorschrift des § 25 Abs. 2 auf § 27 analog anzuwenden. Der Erbe kann also durch bloße Erklärung gemäß § 25 Abs. HGB. die Präsumtion der Schuldübernahme entkräften (Bolte S. 462; Ritter Anm. 3 zu § 27 S. 51; Langen im ArchBürgR. Bd. 23 S. 417); hier wie in § 25 Abs. 2 gibt der Übernehmer des Geschäfts durch die Eintragung oder Bekanntmachung der Vereinbarung bezw. der bloßen Erklärung also nur seine der gesetzlichen Präsumtion entgegengesetzte Rechtslage bekannt. Die Erklärung **verschafft** ihm nicht diese Rechtslage, ebensowenig, wie dies die Vereinbarung im Falle des § 25 Abs. 2 HGB. tut, sie wirkt vielmehr nur deklaratorisch (Staub S. 180 Anm. 11), der Erbe verwahrt sich damit nur dagegen, eine weitere Haftung zu übernehmen, als sie durch diese Rechtslage im Sinne des Gesetzes bedingt ist (Bolte S. 458ff.;

Stegemann S. 117—119; and. A. Schulteß S. 33; Nelson S. 78).

Es bedarf keiner besonderen Hervorhebung, daß eine solche Erklärung für den Erben nur dann wirksam ist, wenn er keine besondere Verpflichtung zur Übernahme der Passiven hat, wie dies durch Testament, Erbvertrag oder Auflage bestimmt sein kann.

Während nach § 25 HGB. das Recht der Vereinbarung über den Ausschluß der Haftung für die Passiven keiner zeitlichen Begrenzung bedarf — denn es liegt im Wesen des Übergangs des Geschäfts unter Lebenden, daß die Vereinbarung im Interesse des Übernehmers spätestens mit der Geschäftsübergabe getroffen wird —, ist dies im Falle der der Vereinbarung des § 25 Abs. 2 HGB. analogen Erklärung des Erben anders. Dieses Recht des Erben muß zeitlich begrenzt werden, denn sonst könnte er es zum Nachteile der Gläubiger gebrauchen. Er könnte dann, wenn er nicht innerhalb der Dreimonatsfrist die Fortführung des Geschäfts mit Firma eingestellt hätte und die Gläubiger die direkte Haftung ihm gegenüber geltend machten, die in § 25 Abs. 2 HGB. vorgesehene Erklärung abgeben und sich somit vor dem Eintritt der direkten Haftung bewahren. Ein derartiges Vorgehen wäre natürlich in fraudem legis, und es ergibt sich aus dem Wesem der Vorschrift des § 27 HGB., daß nach Ablauf der Dreimonatsfrist die Erklärung nach § 25 Abs. 2 HGB. vom Erben nicht mehr wirksam abgegeben werden kann (Stegemann a. a. O.). Was die Form dieser Erklärung betrifft, so ist sie gegen jeden wirksam, wenn sie ins Handelsregister eingetragen und im Amtsblatte und Reichsanzeiger bekanntgemacht ist. Soll die direkte Haftung nur gegenüber bestimmten Gläubigern ausgeschlossen werden, so hat der Erbe nach § 25 Abs. 2 HGB. die Möglichkeit, seine Erklärung den betreffenden Gläubigern gegenüber abzugeben. Nach Erlaß dieser Erklärung hat der Erbe sich die Rechtsstellung des Nichtsäumigen, d. h. des der Rechtswohltat des Inventars noch teilhaftigen Erben, gesichert. Erst nach Verwirkung dieser Wohltat haftet er auf Grund Erbrechts nicht auf Grund der direkten Haftung des § 27 HGB. unbeschränkt für die Geschäftsverbindlichkeiten (Staub S. 180).

C.

§ 10.

Die Haftung des Erben im Falle der Fortführung ohne die bisherige Firma.

Der Erbe kann aber auch die alte Firma beseitigen und eine neue an ihre Stelle setzen. Ob dies der Fall ist, ist meistens offensichtlich. Fraglich kann es nur sein, wenn der Name des Erblassers und der Name des Erben gleich lauten. In diesem Falle wird man mit Rücksicht darauf, daß dem Erben ja freisteht, jeden Zweifel über seine Absicht der Neufirmierung durch eine Erklärung gegenüber dem Registergerichte oder in sonst handelsüblicher Weise zu heben, mangels dieser Erklärung annehmen müssen, daß er das Geschäft unter der Firma fortführen will. Es führt nämlich zu unhaltbaren Zuständen, wenn die von Lehmann-Ring (S. 98 Anm. 3) und Volte (S. 435) vertretene Ansicht Geltung haben sollte (ebenso Schulteß S. 19). Volte läßt nämlich in diesem Falle die Haftung des Erben aus § 27 mangels Beweises nicht eintreten (Staub S. 181 Anm. 17 zu § 27), vertritt dem Ergebnisse nach dieselbe Meinung, wie oben ausgeführt, er kommt dazu aber durch die Erwägung, die Annahme der Fortführung unter der bisherigen Firma sei das dem Erben Günstigere, da er damit den Vorteil der Übergangsfrist des § 27 Abs. 2 sich sichere. Bei der Entscheidung dieser Zweifelsfrage darf man aber nicht nur auf die wirtschaftlichen Interessen des Erben, sondern muß mindestens im gleichen Grade auf die gleichwertigen Interessen der Geschäftsgläubiger Rücksicht nehmen.

Die Gläubiger werden wegen des Gleichlauts der Firma in der Ansicht bestärkt werden, der Erbe wolle das Geschäft mit der alten Firma fortführen. Daher werden sie in der dadurch ganz gerechtfertigen Voraussetzung des Eintritts der direkten Haftung nach § 27 HGB. von der Sicherung ihrer Forderungen gegenüber dem Nachlasse regelmäßig absehen. Außerdem ist aus dem Unterlassen der Erklärung, zu der sich dem Erben der Anlaß infolge der nach dem Tode des Geschäftsinhabers üblichen handelsregister-

richterlichen Befragung über die Firmen- und Geschäftsverhältnisse geradezu aufdrängt, regelmäßig auf eine unlautere Absicht des Erben zu schließen, die darauf hinausläuft, die zufällige Namengleichheit dazu zu benutzen, die Gläubiger über den tatsächlichen Sachverhalt im unklaren zu lassen. Ein solches Verhalten widerspricht eben bei einem Kaufmanne, an den man in dieser Beziehung ganz im Sinne des Gesetzes schärfere Anforderungen stellen muß, der verkehrsüblichen Anschauung über Treu und Glauben. Aus diesen Gründen sieht man sich veranlaßt, in dem Falle der Namensgleichheit Fortführung der alten Firma anzunehmen.

Nach § 25 Abs. 3 HGB. haftet der Erwerber bei Nichtfortführung der alten Firma regelmäßig nicht. Es entfällt daher in dem Falle, daß der Erbe zwar das alte Geschäft, aber unter neuer Firma fortführt, für ihn die Haftung nach § 27 HGB., und es tritt für ihn dann eben nur die erbrechtliche Haftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche ein.

In der Annahme der neuen Firma wird man mit Staub (S. 178 Anm. 6 zu § 27) regelmäßig die Erklärung der Annahme der Erbschaft zu erblicken haben, denn es ist richtig, daß darin eine so prägnante und erhebliche Verfügung über ein wesentliches Nachlaßstück zu sehen ist — es sei dabei nur auf die oben ausgeführte Bedeutung der Firma für das Geschäft hingewiesen —, der Erbe gibt dem ganzen Geschäfte mit seinem Namen eine völlig neue Gestalt, die Handelskreise verbinden nunmehr mit dieser neuen Firma nicht mehr die mit der alten verknüpften Vorstellungen vom Geschäfte, sie lassen sich jetzt in ihren Beziehungen zu diesem in erster Linie durch die Vermögenslage sowie durch den kaufmännischen Ruf durch die Fähigkeiten des Erben bestimmen. Gründlicher kann also der Erbe seinen Annahmewillen gar nicht betätigen, als es durch Neufirmierung geschieht (ebenso Staub S. 178; and. A. Schulteß S. 18; Düringer-Hachenburg I Anm. 7 zu § 27).

Sofern ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, tritt statt dieser erbrechtlichen beschränkbaren Haftung gemäß § 25 Abs. 3 HGB. die direkte Haftung des § 27 in Verb. mit § 25 für den Erben ein. Dieser Eintritt der direkten Haftung erfolgt unmittelbar mit der Bekanntmachung durch den Erben und ist,

soweit die Gläubiger des Handelsgeschäfts in Frage kommen, sofort diesen gegenüber wirksam, ohne Rücksicht darauf, ob die erbrechtliche Ausschlagungsfrist noch läuft (Volte S. 467ff.; Staub S. 179). Der Erbe haftet dann für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten also mit seinem ganzen Vermögen, während ihm für die sonstigen Schulden des Erblassers nach den einschlägigen erbrechtlichen Bestimmungen die Beschränkbarkeit der erbrechtlichen Haftung noch zusteht, falls er sie nicht durch Säumigkeit verwirkt hat (Staub S. 179).

Ein besonderer Verpflichtungsgrund im Sinne von § 25 Abs. 3 liegt für den Erben vor, wenn er in das Schuldverhältnis, das der früheren Geschäftsschuld zugrunde liegt, nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs als Selbstschuldner eintritt, was hauptsächlich durch Schuldanerkenntnis (gemäß § 770 BGB.), oder Schuldübernahme gemäß §§ 414ff. (Staub S. 172 Anm. 24), oder in Ausführung einer letztwilligen Verfügung des Erblassers, durch die dem Erben auferlegt ist, für die früheren Geschäftsschulden zu haften, erfolgen kann (Nelson S. 58).

Das Gesetz führt selbst als Hauptbeispiel eines besonderen Verpflichtungsgrundes den Fall an, daß der Erbe die Übernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise bekanntgemacht hat (Staub S. 172 Anm. 23). Diese Bekanntmachung ist eine einseitige Erklärung des Erben, deren Annahme seitens der Geschäftsgläubiger es zur Verpflichtung des Erben nicht bedarf, sie wird wirksam, sobald sie den Gläubigern zugeht (§ 130 BGB.; Staub S. 174 Anm. 29). Jede Anzeige an die Geschäftsgläubiger, die die Mitteilung des Erben von der Übernahme und Fortführung des Geschäfts sowie von der Passivübernahme enthält, entspricht diesem Erfordernisse (Makower S. 59; Düringer-Hachenburg S. 254). Früher — namentlich in den Nürnberger Protokollen — findet sich der Standpunkt vertreten, daß diese Anzeige eine Vertragsofferte sei, „welche einseitige Gebundenheit auch ohne Annahme erzeuge". Diese Auffassung berechtigt also den Gläubiger ohne sein Wissen und Wollen und fingiert die Annahme der Offerte. Es findet sich weiter auch die Ansicht, diese Erklärung sei ein einseitig bindendes Versprechen. Durch ein solches einseitiges Versprechen kann aber ein Forderungsrecht all-

gemeinen bürgerlichrechtlichen Grundsätzen nach nicht erzeugt werden, wenn keine Annahme desselben stattfindet. Diese Ansichten seien hier erwähnt, praktisch kommt nichts darauf an, und man wird sich damit begnügen können und müssen, daß die Verpflichtung durch diese Bekanntmachung ihren Grund nicht in einem Vertrage des Erben mit den Gläubigern, sondern in einer positiv rechtlichen Vorschrift hat, deren Motiv, nicht aber deren Grund, wie das Reichsoberhandelsgericht annahm, jedenfalls die Rücksicht auf Treu und Glauben im Verkehr ist. Die Vorschrift des § 25 Abs. 3 HGB. kodifiziert ein längst geübtes Handelsgewohnheitsrecht, das durch die Judikatur des Reichsoberhandelsgerichts (Bd. 1 Nr. 18, Bd. 21 S. 233) und Reichsgerichts (Bd. 17 S. 98, Bd. 38 S. 176) festgelegt ist (Staub S. 174 Anm. 29; Lehmann-Ring S. 93/94; Nelson S. 56; gegen die Kodifikation und für Fortbestand des Gewohnheitsrechts ist Schulteß S. 21).

Zur Bekanntmachung der Übernahme der Verbindlichkeiten genügt die einfache Anzeige, daß der Erbe das Geschäft übernommen habe, nicht (Staub S. 173 Anm. 26; RG. Bd. 50 S. 120), ebensowenig auch die Buchung der früheren Geschäftsschulden als eigene, sofern die Gläubiger hiervon nicht durch den Erben in Kenntnis gesetzt werden (RG. Bd. 38 S. 173 ff.). Diese Bekanntmachung ist demnach also eine ausdrückliche Kundgabe des Erben. Was eine handelsübliche Bekanntmachung ist, richtet sich naturgemäß nach dem Handelsbrauche. Beispielsweise liegt sie vor mit Einrücken der Übernahmeerklärung in Zeitungen (ROHG. Bd. 3 S. 182; s. Staub S. 173 Anm. 27) mit Erklärung der Passivenübernahme vor dem Handelsregister zwecks Eintragung und damit verbundener Bekanntmachung (Bolze S. 16 Nr. 314 u. 316; Staub S. 173 Anm. 27), Anschlag am Börsenbrett, Rundschreiben an die Gläubiger oder mit sonstigen Benachrichtigungen derselben. Sie kann nicht in der gewerbepolizeilichen Anmeldung des Betriebs liegen, weil deren Zweck nur die Feststellung des Inhabers und der Art des Betriebs, nicht aber die Aufklärung über die sonstigen Geschäftsverhältnisse ist, so daß eine Angabe über die Geschäftsschulden als superfluum jedenfalls nicht zum Nachteile des Erklärenden verwertet werden kann. Ähnlich ist es mit der Steuerdeklaration (Bolte

S. 469). Auch einen Anschlag am Geschäftslokale selbst (Volte a. a. O.) kann man im modernen Geschäftsleben nicht als handelsübliche Bekanntmachung ansehen (Nelson S. 58).

Diese Bekanntmachung des § 25 Abs. 3 braucht keine unbeschränkte zu sein, derart, daß sie für alle Gläubiger gleichmäßig wirksam wäre, vielmehr ist ihre Beschränkung auf einen bestimmten Gläubigerkreis durchaus zulässig. Sofern der Erbe nur einzelnen Gläubigern aus großer Anzahl eine derartige Bekanntmachung zugehen läßt, wirkt sie die direkte Haftung nur diesen gegenüber, während sich andere Gläubiger auf diese Bekanntmachung nicht stützen und nicht deswegen den Erben mit der direkten Haftung auch für ihre Forderungen in Anspruch nehmen können (Staub S. 174 Anm. 27).

Erfolgt die Bekanntmachung an die Mehrzahl der Gläubiger, sei es durch Rundschreiben oder auf sonstige zulässige Weise, so wird dieser Umstand den Rückschluß auf die Absicht des Erben zulassen, daß er sie an sämtliche Geschäftsgläubiger gerichtet wissen wollte (RG. Bd. 17 S. 96, Bd. 38 S. 177). Demnach werden sich darauf auch die Geschäftsgläubiger berufen können, denen sie nicht zugegangen ist, es sei denn etwa, daß sie unter namentlicher Aufführung in dieser Bekanntmachung des Erben mit ihren Forderungen ausgeschlossen, oder daß ihnen bei der Bekanntmachung der Schuldübernahme ihre Ausschließung davon mitgeteilt worden wäre (RG. Bd. 38 S. 177).

Schluß.

Haftung der Miterben.

Nach § 1922 BGB. geht das Vermögen einer Person als Ganzes auf eine oder mehrere Personen (Erben) über. Obgleich nun § 27 HGB. nur vom Erben schlechthin spricht, unterliegt es keinem Zweifel, daß er auf den Fall der Miterbschaft anzuwenden ist. Die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs haben ja als die des allgemeinen Gesetzes subsidiäre Geltung für das Handelsrecht; es bedurfte daher angesichts der im § 1922 BGB. erwähnten Möglichkeit des Überganges des Nachlasses auf mehrere Erben im § 27 HGB. nicht der besonderen Hervorhebung, daß diese Bestimmung auch für den Fall des Vorhandenseins einer Erbenmehrheit Anwendung finde.

Damit die Vorschriften des § 27 HGB. auf den Fall der Miterbschaft entsprechend zur Anwendung kommen können, soweit dies bei der veränderten Rechtslage zulässig ist (vgl. unten S. 55 f.), so ist natürlich das Vorliegen der oben für den Fall der Alleinerbschaft behandelten allgemeinen Voraussetzungen erforderlich. Genau wie in jenem Falle ist auch die Haftung der Miterben nach den beiden Gesichtspunkten zu betrachten, ob die Fortführung unter der erblasserischen Firma erfolgt oder nicht.

Im letzteren Falle haften sie nach § 27 in Verb. mit § 25 Abs. 3 nur dann mit der direkten Haftung unbeschränkt nach Handelsrecht, wenn im Sinne des § 25 Abs. 3 ein besonderer Verpflichtungsgrund, der für sämtliche Miterben maßgebend und verbindlich sein muß, insbesondere eine handelsrechtliche Bekannt-

machung der Passivenübernahme vorliegt, sonst bestimmt sich ihre Haftung genau wie beim Einzelerben nicht nach Handelsrecht, sondern nach den Vorschriften des Erbrechts. Sie wird also regelmäßig zunächst eine beschränkbare sein. Jeder Miterbe hat selbständig das Recht, von den nach Erbrecht zulässigen Beschränkungsmitteln der Haftung für seine Person Gebrauch zu machen. Nur soweit die Anordnung einer Nachlaßverwaltung in Frage kommt, ist ein Zusammenwirken sämtlicher Miterben zur Stellung des Antrags erforderlich (§ 2062 BGB.). Nach § 2058 BGB. haften die Miterben für die Nachlaßschulden als Gesamtschuldner zunächst mit der Maßgabe, daß jeder Miterbe **bis zur Teilung** des Nachlasses gemäß § 2059 BGB. die Berichtigung der Nachlaßschulden aus dem eigenen Vermögen verweigern und die Gläubiger auf seinen Anteil am Nachlasse verweisen kann. Dieses Recht steht ihm bezüglich des seinem Erbteile entsprechenden Teils der Verbindlichkeit nicht mehr zu, sobald er unbeschränkt im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs haftet, sei es einem einzelnen Gläubiger gegenüber oder überhaupt, beispielsweise als inventarsäumiger Miterbe. Die Geschäftsgläubiger haben bis zur Teilung gemäß § 2059 Abs. 2 BGB. auch das Recht, die Befriedigung aus dem ungeteilten Nachlasse von sämtlichen Miterben zu verlangen. Nach der Teilung des Nachlasses kommt die Gesamthaftung der Miterben besonders zur Geltung, da nunmehr ein Hauptbeschränkungsmittel der Haftung, die Nachlaßverwaltung, gemäß § 2062 BGB. ausgeschlossen ist. Immerhin gibt das Gesetz (§§ 2060, 2061 BGB.) den Miterben auch dann noch die Möglichkeit, ihre Haftung auf ihre Erbquote zu beschränken, so daß sie nun entweder persönlich, d. h. mit ihrem eigenen Vermögen, oder beschränkt mit ihrem Nachlaßanteile in Höhe des ihrem Erbteile entsprechenden Betrags haften.

Es fragt sich nun, wie das Verhältnis der Miterben im Falle der Fortführung des Geschäfts unter einer neuen Firma zu beurteilen ist. Staub (6./7. Aufl. S. 155 Anm. 25) sieht in dieser Fortführung seitens der Miterben unter neuer Firma die Bildung einer offenen Handelsgesellschaft, in seiner 9. Auflage verläßt er diesen Standpunkt allerdings und sieht es als Tatfrage an, ob dabei nur Fortführung des Geschäfts in bloßer Erben-

gemeinschaft oder die Gründung einer offenen Handelsgesellschaft in Frage komme, er vertritt aber den Standpunkt, daß die Annahme einer neuen Firma sehr für den stillschweigenden Abschluß eines Gesellschaftsvertrags spreche, wenn für die Prüfung dieser Tatsache allerdings auch noch andere Umstände in Betracht kämen. Diese Ansicht läßt sich aber nicht mit den Bestimmungen über die Gründung einer offenen Handelsgesellschaft vereinbaren. Wie aus § 109 HGB. hervorgeht, ist Voraussetzung für die Gründung einer offenen Handelsgesellschaft ein Gesellschaftsvertrag. Obwohl nun für diesen keine besondere Formvorschrift existiert, so daß er allgemeinen Grundsätzen gemäß auch mündlich geschlossen werden kann, so kann man doch nicht ohne weiteres in jedem Falle der Fortführung des durch den Erbfall zu gemeinschaftlichen Vermögen der Miterben gewordenen Handelsgeschäfts den Abschluß eines Gesellschaftsvertrags erblicken, dazu gehören doch wesentliche Bestimmungen über Geschäftsführung, Gewinn und Verlustbeteiligung usw. Ob demnach in der Fortführung durch die Miterben die Gründung einer offenen Handelsgesellschaft liegt, wird wesentlich quaestio facti sein (vgl. Staub 9. Aufl. S. 183 Anm. 25; Nelson S. 83).

Im Falle, daß die mehreren Erben das Geschäft unter der alten Firma fortführen, kommen, wie erwähnt, die Vorschriften über die direkte Haftung nach § 27 in Frage. Von speziellem Interesse ist hierbei der Fall des § 27 Abs. 2 nämlich insofern, als der Beginn und auch das Ende der Dreimonatsfrist für die einzelnen Miterben verschieden sein kann. Sie endet regelmäßig für jeden, wenn seit seiner Kenntnis vom Anfalle der Erbschaft 3 Monate verstrichen sind, und es tritt dann, falls er nicht inzwischen die Einstellung in dem oben in § 8 ausgeführten Sinne bewirkt hat, die direkte Haftung nach § 27 in Verb. mit § 25 Abs. 1 ein, ohne daß diesem Miterben die etwa noch laufende Frist der anderen Miterben zugute kommt. Die Ausnahmefälle, in denen — wie oben § 7 für den Alleinerben dargelegt — der Beginn oder das Ende der Einstellungsfrist hinausgeschoben ist, kommen auch für den Fall mehrerer Erben in Betracht. Nach erfolgter rechtzeitiger Einstellung tritt an Stelle der direkten handelsrechtlichen Haftung die Haftung nach Erbrecht.

Die Haftungsfrage entbehrt also jeder Schwierigkeit, wenn die Miterben einstimmig für Fortführung oder Einstellung sind. Die Sachlage kompliziert sich aber wesentlich, wenn keine Einigung in dieser Hinsicht vorliegt. Die Verwaltung des Nachlasses steht den Erben gemeinschaftlich zu. Herrscht über eine solche zwischen den Erben Willensverschiedenheit, so greift der durch § 2038 Abs. 2 in bezug genommene § 745 BGB. ein, und zwar findet diese Bestimmung Anwendung, weil das hinterlassene Handelsgeschäft, das regelmäßig nicht das ganze Vermögen des Erblassers darstellt, da außer ihm in jedem Falle noch persönliche Schulden und Forderungen des Erblassers existieren, nur als Nachlaßgegenstand anzusehen ist (Staub 6./7. Aufl. S. 130 Anm. 12).

Nach § 745 BGB. kann die Erbengemeinschaft durch Stimmenmehrheit, für die nicht die Kopfzahl, sondern die Anteilsgröße maßgebend ist, eine der Beschaffenheit des Nachlaßgegenstandes entsprechende ordnungsgemäße Verwaltung beschließen, nur soweit die Erhaltung des Nachlaßgegenstands in Frage kommt, kann jeder Erbe die dazu notwendigen Maßregeln ohne Mitwirkung der anderen treffen (§ 2038). Als eine Maßregel der Verwaltung sieht Staub (9. Aufl. S. 184 Anm. 27) auch die Fortführung des Geschäfts mit Firma an; deshalb behält nach ihm im Widerstreite der Meinungen der recht, der die Fortführung verlangt. Will der einzelne Miterbe dem aus der Fortführung des Geschäfts über die Frist des § 27 Abs. 2 HGB. hinaus sich ergebenden Präjudize der direkten Haftung entgehen, so muß er nach Staub die Erbschaft ausschlagen (Staub S. 184 Anm. 27).

Dieser Ansicht wird man nicht beistimmen können, und zwar aus dem Grunde nicht, weil die Fortführung des Geschäfts unter der alten Firma mit Rücksicht auf die damit verbundenen Rechtsfolgen nicht mehr als bloßer Akt der Verwaltung angesehen werden kann. Die Bestimmung des § 2038 BGB. bezweckt, wie sich aus dem zweiten Satze des ersten Absatzes erkennen läßt, nichts weiter, als unter Berücksichtigung der gemeinsamen Interessen der Miterben möglichst die alte Rechtslage, wie sie zu Lebzeiten des Erblassers bestand, für den Nachlaß beizubehalten. Diesem Zwecke wäre aber mit einer Fortführung des Geschäfts unter der alten Firma über die Überlegungsfrist hinaus zuwider-

gehandelt, es würde damit eine völlig neue Rechtslage geschaffen insofern, als die Miterben nunmehr statt nur mit dem erblasserischen Vermögen auch mit ihrem eigenen Vermögen infolge des Eintritts der direkten handelsrechtlichen Haftung herangezogen werden können. Ein Beschluß, das Geschäft unter der früheren Firma fortzuführen, ginge daher über den durch die bloße ordnungsmäßige Verwaltung gebotenen Rahmen erheblich hinaus. Man wird daher für den Fall der Geschäftsfortführung unter der alten Firma eine Fortführung auf Beschluß der Miterben nur dann für angängig erachten dürfen, wenn man andererseits dem damit nicht einverstandenen Miterben zugesteht, daß er durch einfache Anmeldung der Einstellung für seine Person zum Handelsregister die direkte Haftung für sich ausschließen kann (Düringer-Hachenburg S. 272 Anm. 12; Lehmann-Ring S. 99, 4; Bolte S. 450; and. A. Nelson S. 88 insofern, als er nur bei Nichtzustandekommen eines Mehrheitsbeschlusses dem Erben diese Befugnis zugesteht). Wollte man die Staubsche Meinung vertreten und zum Ausschlusse der Haftung aus § 27 HGB. Ausschlagung der Erbschaft fordern, so erklärte man ja die Miterben gerade des Vorteils, den § 27 HGB. dem Erben eines Handelsgeschäfts geben will und der darin besteht, daß der Erbe sich durch Fortführung in der Dreimonatsfrist über die Geschäftslage klar werden und danach seine Dispositionen treffen kann, für verlustig, der Miterbe wäre dann gewungen, sich in der regelmäßig viel kürzeren, nämlich sechswöchentlichen Ausschlagungsfrist über die Geschäftslage zu informieren, er wäre demnach ohne jeden Grund schlechter gestellt als der Alleinerbe. Auch aus dieser Erwägung, die ergibt, daß die Staubsche Ansicht kaum dem Sinne des Gesetzes entspricht, muß man dem einzelnen Miterben die Möglichkeit zugestehen, mindestens durch Anmeldung der Einstellung für ihre Person zum Handelsregister sich vor der direkten Haftung des § 27 HGB. zu bewahren und nur als Erbe nach den Vorschriften des Erbrechts zu haften. Wenn Schulteß (S. 43) diese Anmeldung dadurch ersetzt sieht, daß dem Miterben ja freisteht, seinen Anspruch auf Durchführung ordnungsgemäßiger Verwaltung und damit die Einstellung des Geschäftsbetriebs unter der alten Firma im Prozesse geltend machen zu können, so ist

diese Möglichkeit theoretisch zweifellos, praktisch aber wertlos, denn in der Dreimonatsfrist ist ein Prozeß im ordentlichen Verfahren vorm Landgerichte, das hier allein zuständig sein wird, nur in den seltensten Fällen und unter außerordentlich günstigen Umständen beendet. Der Erbe wird es dann erleben müssen, daß er im Prozesse mit dem Antrage der Einstellung durchdringt, daß dieser Sieg für ihn aber deshalb illusorisch ist, weil die Dreimonatsfrist verstrichen und inzwischen schon die direkte Haftung eingetreten ist, es bleibt ihm solchenfalls höchstens ein mitunter aussichtsloser Schadensersatzanspruch gegen die unterlegenen Miterben (Volte in ZHR. Bd. 55 S. 331).

Haben die Miterben das Geschäft mit Firma über die Dreimonatsfrist hinaus geführt und sind damit direkt haftbar geworden, so hat sich die bloße Erbengemeinschaft jedenfalls zu einer offenen Handelsgesellschaft ausgewachsen, die nach den §§ 105, 106 HGB. zur Eintragung ins Handelsregister verpflichtet ist (Staub S. 184 Anm. 26; Düringer-Hachenburg S. 270; Nelson S. 85).

Stellen sie sämtlich den Geschäftsbetrieb in der oben § 8 für den Einzelerben behandelten Weise ein, so ist für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten genau wie bei jenem nur die erbrechtliche Haftung nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs maßgebend. Für die Geschäftsverbindlichkeiten, die sie während der Fortführung des Geschäfts mit Firma in der Dreimonatsfrist kontrahiert haben, haften sie in derselben Weise wie der Alleinerbe direkt.

Nun ist noch kurz auf den Fall der Erbteilung einzugehen. Es ist möglich, daß die Miterben das zum Nachlasse gehörige Geschäft mit Firma an einen oder mehrere von ihnen veräußern. In diesem Falle unterliegt es keinem Zweifel, daß die Vorschriften über den Geschäftsübergang unter Lebenden anzuwenden sind, denn die Veräußerung liegt darin, daß durch Verfügung der anderen deren Mitanteile am Geschäfte auf den Erwerber übergehen. Die Haftung des erwerbenden Miterben bestimmt sich dann nach § 25 HGB. Ob die übrigen Miterben und auch der Erwerber, nämlich als Miterbe, direkt haften oder nicht, richtet sich allerdings nach § 27 HGB., denn diese Haftung bleibt für die Miterben bestehen, weil ja — wie oben ausgeführt — die

Veräußerung des Geschäfts mit Firma regelmäßig keine Einstellung im Sinne des § 27 HGB. bedeutet, durch die sie, abgesehen von den nach § 25 Abs. 2 HGB. möglichen Erklärungen, den Eintritt der direkten Haftung ausschließen konnten. Allerdings kommt den veräußernden Miterben ebenso wie den Alleinerben die Verjährung des § 26 HGB. zustatten.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.